erbe. Denn nach Ulpian [3]) ist ein solcher Arrogirter in Rücksicht seiner Quarte weder Erbe noch bonorum possessor, sondern nur wie ein legatarius partiarius anzusehen [4]), dem deshalb blos eine Personalklage zusteht [5]).

II. Notherben müssen auch zugleich das Intestaterbfolgerecht haben [6]). Nicht nur Ulpian [7]) sagt dieses ausdrücklich in den Worten: Si quis ex his personis, *quae ad successionem ab intestato non admittuntur*, de inofficioso egerit, (nemo enim eum repellit) [8]) et casu obtinue-

 rit;

3) *L. 2. §. 1. D. Familiae erciſc.* Si quarta ad aliquem ex constitutione Divi Pii arrogatum deferatur, *quia hic neque heres, neque bonorum possessor sit:* utile erit familiae erciscundae iudicium necessarium. Add. *L. 8. §. 15. D. de inoff. testam.*

4) Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. (Leipzig 1793.) §. 681.

5) *L. 1. §. 21. D. de collat. bon.*

6) Schon aus diesem Grunde sind daher auch Geschwister in dem Falle, da ihnen der Pflichttheil gebührt, für Notherben zu halten, wenn ihnen auch der Pflichttheil nur titulo singulari zu Theil wird.

7) *L. 6. §. 1. D. de inoff. testam.*

8) Das *nemo enim eum repellit*, kann auf den Testamentserben gehen, wenn dieser sich der Einrede nicht bedient, daß der Kläger nicht der nächste Intestaterbe sey, und daher die Erbschaft ihm ohnehin nicht zukomme, wenn auch das Testament aufgehoben würde. Er setzte ihm diese Einrede darum nicht entgegen, weil er vielleicht nicht wußte, daß dem Kläger ein näherer Intestaterbe vorgehe. So erklären diese Stelle Pothier in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. Tit. Nr. XXXIV. not. d. pag. 194. und Noodt in Comment. in Dig. h. t. pag. 164. Oder es kann auch soviel heißen, wenn der nähere Verwandte etwa

einer dürftigen Wittwe aus der Verlassenschaft ihres verstorbenen reichen Ehemannes ein Erbtheil, welcher insofern allerdings die Eigenschaft eines Pflichttheils hat, daß er der Wittwe weder durch Testament noch durch andere nachtheilige Dispositionen und Veräusserungen unter den Lebendigen entzogen oder geschmälert werden darf. Allein eine solche Wittwe unterscheidet sich darin von wahren Notherben, daß sie das Testament des Mannes nicht als lieblos anfechten kann, sondern ihr deswegen nur eine Condiction gestattet ist [2]). Auch der arrogirte Unmündige, der die quartam Divi Pii zu fordern hat, ist kein wahrer Notherbe.

sondern nur diejenigen, die man nur als Erben einsetzen, oder in bestimmter gesetzlicher Form von der Erbschaft ausschließen muß. Er findet daher auch mit HEISE den Ausdruck *Successores necessarii* treffender, um sowohl die eigentlichen Notherben als auch die Geschwister mit zu begreifen. Allein meiner Einsicht nach kommt es bey dem Begriff der Notherben gar nicht auf die Art und Weise oder den Titel an, unter welchem ihnen der Pflichttheil hinterlassen wird. Denn vor der Nov. 115. war dieß auch bey Kindern und Eltern gleichgültig. *L. 8. §. 6. D. h. t. §. ult. I. eodem. Nov. 18. c. 1.* Also wären auch diese keine Notherben gewesen, weil ihnen der Pflichttheil ebenfalls per modum legati aut donationis inter vivos hinterlassen werden konnte; und doch waren es gewiß auch keine willkührlichen Erben. Gegen den teutschen Ausdruck Notherbe ist noch weniger einzuwenden, da das Wort Erbe bey den Teutschen überhaupt einen Nachfolger andeutet. Man sehe die Bibliothek kleiner iuristischer Schriften, herausgegeben von *Hübner* und *Tittmann*. III. Band. pag. 492.

2) S. meine syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 142.

erbe. Denn nach Ulpian [3]) ist ein solcher Arrogirter in Rücksicht seiner Quarte weder Erbe noch bonorum possessor, sondern nur wie ein legatarius partiarius anzusehen [4]), dem deshalb blos eine Personalklage zusteht [5]).

II. Notherben müssen auch zugleich das Intestaterbfolgerecht haben [6]). Nicht nur Ulpian [7]) sagt dieses ausdrücklich in den Worten: Si quis ex his personis, *quae ad successionem ab intestato non admittuntur*, de inofficioso egerit, (nemo enim eum repellit) [8]) et casu obtinue-

 rit;

3) *L. 2. §. 1. D. Familiae erciſc.* Si quarta ad aliquem ex constitutione Divi Pii arrogatum deferatur, *quia hic neque heres, neque bonorum possessor sit:* utile erit familiae erciscundae iudicium necessarium. Add. *L. 8. §. 15. D. de inoff. testam.*

4) Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. (Leipzig 1793.) §. 681.

5) *L. 1. §. 21. D. de collat. bon.*

6) Schon aus diesem Grunde sind daher auch Geschwister in dem Falle, da ihnen der Pflichttheil gebührt, für Notherben zu halten, wenn ihnen auch der Pflichttheil nur titulo singulari zu Theil wird.

7) *L. 6. §. 1. D. de inoff. testam.*

8) Das *nemo enim eum repellit*, kann auf den Testamentserben gehen, wenn dieser sich der Einrede nicht bedient, daß der Kläger nicht der nächste Intestaterbe sey, und daher die Erbschaft ihm ohnehin nicht zukomme, wenn auch das Testament aufgehoben würde. Er setzte ihm diese Einrede darum nicht entgegen, weil er vielleicht nicht wußte, daß dem Kläger ein näherer Intestaterbe vorgehe. So erklären diese Stelle POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. Tit. Nr. XXXIV. not. d. pag. 194. und NOODT in Comment. in Dig. h. t. pag. 164. Oder es kann auch soviel heißen, wenn der nähere Verwandte etwa

einer dürftigen Wittwe aus der Verlassenschaft ihres verstorbenen reichen Ehemannes ein Erbtheil, welcher insofern allerdings die Eigenschaft eines Pflichttheils hat, daß er der Wittwe weder durch Testament noch durch andere nachtheilige Dispositionen und Veräusserungen unter den Lebendigen entzogen oder geschmälert werden darf. Allein eine solche Wittwe unterscheidet sich darin von wahren Notherben, daß sie das Testament des Mannes nicht als lieblos anfechten kann, sondern ihr deswegen nur eine Condiction gestattet ist [2]). Auch der arrogirte Unmündige, der die quartam Divi Pii zu fordern hat, ist kein wahrer Notherbe.

sondern nur diejenigen, die man nur als Erben einsetzen, oder in bestimmter gesetzlicher Form von der Erbschaft ausschließen muß. Er findet daher auch mit HEISE den Ausdruck *Successores necessarii* treffender, um sowohl die eigentlichen Notherben als auch die Geschwister mit zu begreifen. Allein meiner Einsicht nach kommt es bey dem Begriff der Notherben gar nicht auf die Art und Weise oder den Titel an, unter welchem ihnen der Pflichttheil hinterlassen wird. Denn vor der Nov. 115. war dieß auch bey Kindern und Eltern gleichgültig. *L. 8. §. 6. D. h. t. §. ult. I. eodem. Nov. 18. c. 1.* Also wären auch diese keine Notherben gewesen, weil ihnen der Pflichttheil ebenfalls per modum legati aut donationis inter vivos hinterlassen werden konnte; und doch waren es gewiß auch keine willkührlichen Erben. Gegen den teutschen Ausdruck Notherbe ist noch weniger einzuwenden, da das Wort Erbe bey den Teutschen überhaupt einen Nachfolger andeutet. Man sehe die Bibliothek kleiner iuristischer Schriften, herausgegeben von *Hübner* und *Tittmann*. III. Band. pag. 492.

2) S. meine syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 142.

erbe. Denn nach Ulpian [3]) ist ein solcher Arrogirter in Rücksicht seiner Quarte weder Erbe noch bonorum possessor, sondern nur wie ein legatarius partiarius anzusehen [4]), dem deshalb blos eine Personalklage zusteht [5]).

II. Notherben müssen auch zugleich das Intestaterbfolgerecht haben [6]). Nicht nur Ulpian [7]) sagt dieses ausdrücklich in den Worten: Si quis ex his personis, *quae ad successionem ab intestato non admittuntur*, de inofficioso egerit, (nemo enim eum repellit) [8]) et casu obtinue-

 rit;

3) *L. 2. §. 1. D. Familiae erciſc.* Si quarta ad aliquem ex constitutione Divi Pii arrogatum deferatur, *quia hic neque heres, neque bonorum possessor sit:* utile erit familiae erciscundae iudicium necessarium. Add. *L. 8. §. 15. D. de inoff. testam.*

4) Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. (Leipzig 1793.) §. 681.

5) *L. 1. §. 21. D. de collat. bon.*

6) Schon aus diesem Grunde sind daher auch Geschwister in dem Falle, da ihnen der Pflichttheil gebührt, für Notherben zu halten, wenn ihnen auch der Pflichttheil nur titulo singulari zu Theil wird.

7) *L. 6. §. 1. D. de inoff. testam.*

8) Das *nemo enim eum repellit*, kann auf den Testamentserben gehen, wenn dieser sich der Einrede nicht bedient, daß der Kläger nicht der nächste Intestaterbe sey, und daher die Erbschaft ihm ohnehin nicht zukomme, wenn auch das Testament aufgehoben würde. Er setzte ihm diese Einrede darum nicht entgegen, weil er vielleicht nicht wußte, daß dem Kläger ein näherer Intestaterbe vorgehe. So erklären diese Stelle Pothier in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. Tit. Nr. XXXIV. not. d. pag. 194. und Noodt in Comment. in Dig. h. t. pag. 164. Oder es kann auch soviel heißen, wenn der nähere Verwandte etwa

einer dürftigen Wittwe aus der Verlassenschaft ihres verstorbenen reichen Ehemannes ein Erbtheil, welcher insofern allerdings die Eigenschaft eines Pflichttheils hat, daß er der Wittwe weder durch Testament noch durch andere nachtheilige Dispositionen und Veräusserungen unter den Lebendigen entzogen oder geschmälert werden darf. Allein eine solche Wittwe unterscheidet sich darin von wahren Notherben, daß sie das Testament des Mannes nicht als lieblos anfechten kann, sondern ihr deswegen nur eine Condiction gestattet ist [2]). Auch der arrogirte Unmündige, der die quartam Divi Pii zu fordern hat, ist kein wahrer Notherbe.

sondern nur diejenigen, die man nur als Erben einsetzen, oder in bestimmter gesetzlicher Form von der Erbschaft ausschließen muß. Er findet daher auch mit HEISE den Ausdruck *Successores necessarii* treffender, um sowohl die eigentlichen Notherben als auch die Geschwister mit zu begreifen. Allein meiner Einsicht nach kommt es bey dem Begriff der Notherben gar nicht auf die Art und Weise oder den Titel an, unter welchem ihnen der Pflichttheil hinterlassen wird. Denn vor der Nov. 115. war dieß auch bey Kindern und Eltern gleichgültig. *L. 8. §. 6. D. h. t. §. ult. I. eodem. Nov. 18. c. 1.* Also wären auch diese keine Notherben gewesen, weil ihnen der Pflichttheil ebenfalls per modum legati aut donationis inter vivos hinterlassen werden konnte; und doch waren es gewiß auch keine willkührlichen Erben. Gegen den teutschen Ausdruck Notherbe ist noch weniger einzuwenden, da das Wort Erbe bey den Teutschen überhaupt einen Nachfolger andeutet. Man sehe die Bibliothek kleiner iuristischer Schriften, herausgegeben von *Hübner* und *Tittmann*. III. Band. pag. 492.

2) S. meine syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 142.

erbe. Denn nach Ulpian [3]) ist ein solcher Arrogirter in Rücksicht seiner Quarte weder Erbe noch bonorum possessor, sondern nur wie ein legatarius partiarius anzusehen [4]), dem deshalb blos eine Personalklage zusteht [5]).

II. Notherben müssen auch zugleich das Intestaterbfolgerecht haben [6]). Nicht nur Ulpian [7]) sagt dieses ausdrücklich in den Worten: Si quis ex his personis, *quae ad successionem ab intestato non admittuntur*, de inofficioso egerit, (nemo enim eum repellit) [8]) et casu obtinue-

 rit;

3) *L. 2. §. 1. D. Familiae erciſc.* Si quarta ad aliquem ex constitutione Divi Pii arrogatum deferatur, *quia hic neque heres, neque bonorum possessor sit:* utile erit familiae erciscundae iudicium necessarium. Add. *L. 8. §. 15. D. de inoff. testam.*

4) Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. (Leipzig 1793.) §. 681.

5) *L. 1. §. 21. D. de collat. bon.*

6) Schon aus diesem Grunde sind daher auch Geschwister in dem Falle, da ihnen der Pflichttheil gebührt, für Notherben zu halten, wenn ihnen auch der Pflichttheil nur titulo singulari zu Theil wird.

7) *L. 6. §. 1. D. de inoff. testam.*

8) Das *nemo enim eum repellit*, kann auf den Testamentserben gehen, wenn dieser sich der Einrede nicht bedient, daß der Kläger nicht der nächste Intestaterbe sey, und daher die Erbschaft ihm ohnehin nicht zukomme, wenn auch das Testament aufgehoben würde. Er setzte ihm diese Einrede darum nicht entgegen, weil er vielleicht nicht wußte, daß dem Kläger ein näherer Intestaterbe vorgehe. So erklären diese Stelle POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. Tit. Nr. XXXIV. not. d. pag. 194. und NOODT in Comment. in Dig. h. t. pag. 164. Oder es kann auch soviel heißen, wenn der nähere Verwandte etwa

einer dürftigen Wittwe aus der Verlassenschaft ihres verstorbenen reichen Ehemannes ein Erbtheil, welcher insofern allerdings die Eigenschaft eines Pflichttheils hat, daß er der Wittwe weder durch Testament noch durch andere nachtheilige Dispositionen und Veräusserungen unter den Lebendigen entzogen oder geschmälert werden darf. Allein eine solche Wittwe unterscheidet sich darin von wahren Notherben, daß sie das Testament des Mannes nicht als lieblos anfechten kann, sondern ihr deswegen nur eine Condiction gestattet ist [2]). Auch der arrogirte Unmündige, der die quartam Divi Pii zu fordern hat, ist kein wahrer Notherbe.

sondern nur diejenigen, die man nur als Erben einsetzen, oder in bestimmter gesetzlicher Form von der Erbschaft ausschließen muß. Er findet daher auch mit HEISE den Ausdruck *Successores necessarii* treffender, um sowohl die eigentlichen Notherben als auch die Geschwister mit zu begreifen. Allein meiner Einsicht nach kommt es bey dem Begriff der Notherben gar nicht auf die Art und Weise oder den Titel an, unter welchem ihnen der Pflichttheil hinterlassen wird. Denn vor der Nov. 115. war dieß auch bey Kindern und Eltern gleichgültig. *L. 8. §. 6. D. h. t. §. ult. I. eodem. Nov. 18. c. 1.* Also wären auch diese keine Notherben gewesen, weil ihnen der Pflichttheil ebenfalls per modum legati aut donationis inter vivos hinterlassen werden konnte; und doch waren es gewiß auch keine willkührlichen Erben. Gegen den teutschen Ausdruck Notherbe ist noch weniger einzuwenden, da das Wort Erbe bey den Teutschen überhaupt einen Nachfolger andeutet. Man sehe die Bibliothek kleiner iuristischer Schriften, herausgegeben von *Hübner* und *Tittmann*. III. Band. pag. 492.

2) S. meine syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 142.

erbe. Denn nach Ulpian [3]) ist ein solcher Arrogirter in Rücksicht seiner Quarte weder Erbe noch bonorum possessor, sondern nur wie ein legatarius partiarius anzusehen [4]), dem deshalb blos eine Personalklage zusteht [5]).

II. Notherben müssen auch zugleich das Intestaterbfolgerecht haben [6]). Nicht nur Ulpian [7]) sagt dieses ausdrücklich in den Worten: Si quis ex his personis, *quae ad successionem ab intestato non admittuntur*, de inofficioso egerit, (nemo enim eum repellit) [8]) et casu obtinue-

 rit;

3) *L. 2. §. 1. D. Familiae erciſc.* Si quarta ad aliquem ex constitutione Divi Pii arrogatum deferatur, *quia hic neque heres, neque bonorum possessor sit:* utile erit familiae erciscundae iudicium necessarium. Add. *L. 8. §. 15. D. de inoff. testam.*

4) Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. (Leipzig 1793.) §. 681.

5) *L. 1. §. 21. D. de collat. bon.*

6) Schon aus diesem Grunde sind daher auch Geschwister in dem Falle, da ihnen der Pflichttheil gebührt, für Notherben zu halten, wenn ihnen auch der Pflichttheil nur titulo singulari zu Theil wird.

7) *L. 6. §. 1. D. de inoff. testam.*

8) Das *nemo enim eum repellit*, kann auf den Testamentserben gehen, wenn dieser sich der Einrede nicht bedient, daß der Kläger nicht der nächste Intestaterbe sey, und daher die Erbschaft ihm ohnehin nicht zukomme, wenn auch das Testament aufgehoben würde. Er setzte ihm diese Einrede darum nicht entgegen, weil er vielleicht nicht wußte, daß dem Kläger ein näherer Intestaterbe vorgehe. So erklären diese Stelle POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. Tit. Nr. XXXIV. not. d. pag. 194. und NOODT in Comment. in Dig. h. t. pag. 164. Oder es kann auch soviel heißen, wenn der nähere Verwandte etwa

einer dürftigen Wittwe aus der Verlassenschaft ihres verstorbenen reichen Ehemannes ein Erbtheil, welcher insofern allerdings die Eigenschaft eines Pflichttheils hat, daß er der Wittwe weder durch Testament noch durch andere nachtheilige Dispositionen und Veräusserungen unter den Lebendigen entzogen oder geschmälert werden darf. Allein eine solche Wittwe unterscheidet sich darin von wahren Notherben, daß sie das Testament des Mannes nicht als lieblos anfechten kann, sondern ihr deswegen nur eine Condiction gestattet ist [2]). Auch der arrogirte Unmündige, der die quartam Divi Pii zu fordern hat, ist kein wahrer Notherbe.

sondern nur diejenigen, die man nur als Erben einsetzen, oder in bestimmter gesetzlicher Form von der Erbschaft ausschließen muß. Er findet daher auch mit HEISE den Ausdruck *Successores necessarii* treffender, um sowohl die eigentlichen Notherben als auch die Geschwister mit zu begreifen. Allein meiner Einsicht nach kommt es bey dem Begriff der Notherben gar nicht auf die Art und Weise oder den Titel an, unter welchem ihnen der Pflichttheil hinterlassen wird. Denn vor der Nov. 115. war dieß auch bey Kindern und Eltern gleichgültig. *L. 8. §. 6. D. h. t. §. ult. I. eodem. Nov. 18. c. 1.* Also wären auch diese keine Notherben gewesen, weil ihnen der Pflichttheil ebenfalls per modum legati aut donationis inter vivos hinterlassen werden konnte; und doch waren es gewiß auch keine willkührlichen Erben. Gegen den teutschen Ausdruck Notherbe ist noch weniger einzuwenden, da das Wort Erbe bey den Teutschen überhaupt einen Nachfolger andeutet. Man sehe die Bibliothek kleiner iuristischer Schriften, herausgegeben von *Hübner* und *Tittmann*. III. Band. pag. 492.

2) S. meine syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 142.

erbe. Denn nach Ulpian [3]) ist ein solcher Arrogirter in Rücksicht seiner Quarte weder Erbe noch bonorum possessor, sondern nur wie ein legatarius partiarius anzusehen [4]), dem deshalb blos eine Personalklage zusteht [5]).

II. Notherben müssen auch zugleich das Intestaterbfolgerecht haben [6]). Nicht nur Ulpian [7]) sagt dieses ausdrücklich in den Worten: Si quis ex his personis, *quae ad successionem ab intestato non admittuntur*, de inofficioso egerit, (nemo enim eum repellit) [8]) et casu obtinue-

 rit;

3) *L. 2. §. 1. D. Familiae erciſc.* Si quarta ad aliquem ex constitutione Divi Pii arrogatum deferatur, *quia hic neque heres, neque bonorum possessor fit:* utile erit familiae erciscundae iudicium necessarium. Add. *L. 8. §. 15. D. de inoff. testam.*

4) Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. (Leipzig 1793.) §. 681.

5) *L. 1. §. 21. D. de collat. bon.*

6) Schon aus diesem Grunde sind daher auch Geschwister in dem Falle, da ihnen der Pflichttheil gebührt, für Notherben zu halten, wenn ihnen auch der Pflichttheil nur titulo singulari zu Theil wird.

7) *L. 6. §. 1. D. de inoff. testam.*

8) Das *nemo enim eum repellit*, kann auf den Testamentserben gehen, wenn dieser sich der Einrede nicht bedient, daß der Kläger nicht der nächste Intestaterbe sey, und daher die Erbschaft ihm ohnehin nicht zukomme, wenn auch das Testament aufgehoben würde. Er setzte ihm diese Einrede darum nicht entgegen, weil er vielleicht nicht wußte, daß dem Kläger ein näherer Intestaterbe vorgehe. So erklären diese Stelle POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. Tit. Nr. XXXIV. not. d. pag. 194. und NOODT in Comment. in Dig. h. t. pag. 164. Oder es kann auch soviel heißen, wenn der nähere Verwandte etwa

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Siebenten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm

1804.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Bayerische Staatsbibliothek München

Lib. V. Tit. II.

De inofficioso testamento.

§. 543.

Fortsetzung. Was hat die Novelle 118. in Rücksicht der Notherben geändert?

Aus dem, was in dem vorigen Theile von Notherben überhaupt gesagt worden ist, ergeben sich folgende Resultate.

I. Nur Verwandte, denen, als solchen, in der Regel ein Pflichttheil gebührt, und welche, wenn sie widerrechtlicher Weise sind ausgeschlossen worden, das Testament als lieblos anfechten können, sind wahre Notherben [1]). Zwar gebührt auch nach der Nov. 117. Kap. 5. einer

1) *Arnold* HEISE in Diss. de successoribus necessariis. *Goettingae 1802.* hält (§. 4.) den Ausdruck *heredes necessarii*, Notherben, für nicht ganz schicklich, weil den Geschwistern der Pflichttheil in Fällen, da sie ihn fordern können, auch in einem Codicill, als ein Vermächtniß, oder auch durch eine Schenkung hinterlassen werden kann. Es sey nicht nöthig, daß sie zu Erben eingesetzt werden. Auch Herr Prof. Weber behauptet in einer Anmerkung zu der von ihm besorgten neuen Ausgabe des Höpfnerschen Commentars über die Institutionen S. 513. daß nicht alle, denen der Pflichttheil gebührt, darum auch schon für Notherben zu halten seyn,

einer dürftigen Wittwe aus der Verlassenschaft ihres verstorbenen reichen Ehemannes ein Erbtheil, welcher insofern allerdings die Eigenschaft eines Pflichttheils hat, daß er der Wittwe weder durch Testament noch durch andere nachtheilige Dispositionen und Veräusserungen unter den Lebendigen entzogen oder geschmälert werden darf. Allein eine solche Wittwe unterscheidet sich darin von wahren Notherben, daß sie das Testament des Mannes nicht als lieblos anfechten kann, sondern ihr deswegen nur eine Condiction gestattet ist [2]). Auch der arrogirte Unmündige, der die quartam Divi Pii zu fordern hat, ist kein wahrer Notherbe.

sondern nur diejenigen, die man nur als Erben einsetzen, oder in bestimmter gesetzlicher Form von der Erbschaft ausschließen muß. Er findet daher auch mit HEISE den Ausdruck *Successores necessarii* treffender, um sowohl die eigentlichen Notherben als auch die Geschwister mit zu begreifen. Allein meiner Einsicht nach kommt es bey dem Begriff der Notherben gar nicht auf die Art und Weise oder den Titel an, unter welchem ihnen der Pflichttheil hinterlassen wird. Denn vor der Nov. 115. war dieß auch bey Kindern und Eltern gleichgültig. *L. 8. §. 6. D. h. t. §. ult. I. eodem. Nov. 18. c. 1.* Also wären auch diese keine Notherben gewesen, weil ihnen der Pflichttheil ebenfalls per modum legati aut donationis inter vivos hinterlassen werden konnte; und doch waren es gewiß auch keine willkührlichen Erben. Gegen den teutschen Ausdruck Notherbe ist noch weniger einzuwenden, da das Wort Erbe bey den Teutschen überhaupt einen Nachfolger andeutet. Man sehe die Bibliothek kleiner iuristischer Schriften, herausgegeben von *Hübner* und *Tittmann*. III. Band. pag. 492.

2) S. meine syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 142.

erbe. Denn nach Ulpian [3]) ist ein solcher Arrogirter in Rücksicht seiner Quarte weder Erbe noch bonorum possessor, sondern nur wie ein legatarius partiarius anzusehen [4]), dem deshalb blos eine Personalklage zusteht [5]).

II. Notherben müssen auch zugleich das Intestaterbfolgerecht haben [6]). Nicht nur Ulpian [7]) sagt dieses ausdrücklich in den Worten: Si quis ex his personis, *quae ad successionem ab intestato non admittuntur*, de inofficioso egerit, (nemo enim eum repellit) [8]) et casu obtinue-

 rit;

3) *L.* 2. §. 1. *D. Familiae erciſc.* Si quarta ad aliquem ex constitutione Divi Pii arrogatum deferatur, *quia hic neque heres, neque bonorum possessor sit:* utile erit familiae erciscundae iudicium necessarium. Add. *L.* 8. §. 15. *D. de inoff. testam.*

4) Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. (Leipzig 1793.) §. 681.

5) *L.* 1. §. 21. *D. de collat. bon.*

6) Schon aus diesem Grunde sind daher auch Geschwister in dem Falle, da ihnen der Pflichttheil gebührt, für Notherben zu halten, wenn ihnen auch der Pflichttheil nur titulo singulari zu Theil wird.

7) *L.* 6. §. 1. *D. de inoff. testam.*

8) Das *nemo enim eum repellit*, kann auf den Testamentserben gehen, wenn dieser sich der Einrede nicht bedient, daß der Kläger nicht der nächste Intestaterbe sey, und daher die Erbschaft ihm ohnehin nicht zukomme, wenn auch das Testament aufgehoben würde. Er setzte ihm diese Einrede darum nicht entgegen, weil er vielleicht nicht wußte, daß dem Kläger ein näherer Intestaterbe vorgehe. So erklären diese Stelle POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. Tit. Nr. XXXIV. not. d. pag. 194. und NOODT in Comment. in Dig. h. t. pag. 164. Oder es kann auch soviel heißen, wenn der nähere Verwandte etwa

rit; non ei profit victoria, sed his, qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patremfamilias facit; sondern eben dies lehrt auch schon die Natur der Sache. Denn wie läßt sich ohne Ungereimtheit eine Enterbung desjenigen gedenken, der ohnedem kein Erbrecht hatte? Wie kann demjenigen liebloser Weise etwas entzogen werden, dem in dem vorkommenden Falle ohnehin nach den Gesetzen nichts gebührt? Wie kann sich also dieser über Unrecht beschweren, wenn der Testirer sein Vermögen einem andern hinterlassen hat [9])?

III. Das Notherbrecht erstreckt sich nicht weiter, als auf Kinder, Eltern und Geschwister des Testirers unter den im vorigen Theile schon angegebenen näheren Bestimmungen. Daher sagt nicht nur Ulpian [10]): Cognati pro-

etwa nicht gegenwärtig wäre, um interveniendo widersprechen, und seinen Vorzug vor dem Kläger geltend machen zu können, wie es Westphal in der Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 1014. versteht; oder man kann es auch auf den Richter beziehen, daß der den Kläger nicht abgewiesen hat, wie SEGER in Observat. iur. civ. *Lipsiae* 1768. Obs. II. pag. 17. thut. Daß jedoch die Worte: *nemo enim eum repellit*, unächt seyn sollten, behauptet nicht einmal *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. der doch so gern nach Glossemen und Emblemen hascht, geschweige denn, daß die meisten Rechtsgelehrten darin einverstanden seyn sollten, wie FUNK in Commentat. de nexu inter succession. ab int. et querelam inoff. testam. pag. 23. not. a. behauptet. S. unten Not. 18.

9) Man vergleiche hier hauptsächlich *Arn.* HEISE cit. Diss. Sect. I. §. 9. sqq.

10) *L. 1. D. h. t.* *Ant.* FABER in Rational. will hier nichts als Tribonianismen finden. Ihm stimmt auch Westphal im angef.

proprii, qui ſunt *ultra fratrem*, melius facerent, ſi ſe ſumtibus inanibus non vexarent, *cum obtinere ſpem non haberent*; ſondern es werden auch die Geſchwiſter-Kinder ausdrücklich ausgeſchloſſen. In einer Verordnung der Kaiſer Diocletian und Maximian [11]) heißt es: *Fratris* vel *ſororis filii*, patrui vel avunculi, amitae etiam et materterae teſtamentum inofficioſum fruſtra dicunt: cum nemo eorum, qui ex transverſa linea veniunt, *exceptis fratre et ſorore*, ad inofficioſi querelam admittatur.

Allein es fragt ſich, ob nicht die bisher vorgetragenen Grundſätze durch die Novelle 118. eine Abänderung erlitten haben? In dieſer Novelle hat nämlich Juſtinian eine ganz neue Erbfolgeordnung unter den Verwandten eingeführt.

Nach derſelben ſuccediren z. B. die vollbürtigen Geſchwiſter des Verſtorbenen mit den Aſcendenten deſſelben zugleich [12]). Sollten alſo die vollbürtigen Geſchwiſter mit den Eltern nicht auch ein gleiches Recht in Anſehung des Pflichttheils und der Inofficioſitätsklage haben? Vinnius [13]), Böhmer [14]), Reuter [15]), Weſtphal [16]),

angef. Buche §. 386. bey. Allein man ſehe *Corn. van* BYNCKERSHOEK Obſervat. iur. Rom. Lib. V. cap. 5. und *Ant.* AUGUSTINUS Lib. II. Emendation. cap. 2. Vergl. auch meine *Opuscula iurid.* Faſc. III. pag. 19. ſq.

11) *L.* 21. *C. h. t.* Man ſehe auch die Novelle 1. Praefat. §. 2.

12) S. meine ſyſtemat. Erörterung der Lehre von der Inteſaterbfolge §. 115. u. 120.

13) Comment. ad §. 1. I. de inoff. teſtam. nr. 4.

14) Diſſ. de querela inofficioſi fratrum conſanguineorum. (*Halae* 1721. rec. 1739.) §. 25.

und neuerlich Herr Eduard Schrader in seiner gekrönten Preißschrift [17]) und Christ. Frid. Bernh. Funk [18]) tragen kein Bedenken, dieses zu behaupten, wenn nur, der Geschwister wegen, eine ehrlose Person wäre eingesetzt worden.

Nach der Nov. 118. Kap. 3. haben ferner die Kinder verstorbener Geschwister des Erblassers das Repräsentationsrecht, vermöge dessen sie zugleich mit des Verstorbenen Geschwistern ab intestato erben, und denjenigen Erbtheil bekommen, den ihre Eltern würden erhalten haben, wenn sie noch lebten [19]). Sollten also nicht auch Geschwisterkinder in Absicht auf den Pflichttheil mit den Geschwistern des Erblassers ein gleiches Recht haben? Everhard Otto [20]) und Westphal [21]) behaupten dieses wirklich.

Nicht

15) Diss. de effectu querelae inoffic. testamenti iuxta ordinem edicti successorii institutae intuitu non querentis. *Halae* 1749. §. 14.

16) Theorie des Römischen Rechts von Testamenten §. 390. a. S. 275.

17) Comment. de nexu successionis ab intestato et querelae inofficiosi testamenti. *Goettingae* 1802. 4. §. 77. pag. 44.

18) Commentat. in controversiam iuris civ. de nexu inter successionem ab intestato et querelam inofficiosi testamenti: an quidem et quatenus ab illa ad hanc argumentum duci possit? *Goettingae* 1802. 4. §. 23. nr. 2. pag. 24.

19) Meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 24. und §. 116.

20) Commentar. ad §. 1. I. de inoff. testam. nr. 4. pag. 297. (edit. *Harpprecht.*)

21) Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 384. S. 171. folg.

Nicht minder gehen nach der Novelle 118. Kap. 3. der vollbürtigen Geschwister Kinder den Halbgeschwistern bey der Intestaterbfolge vor [22]). Sollte ihnen dieser Vorzug wegen der duplicitas vinculi nicht auch in Rücksicht des Rechts zum Pflichttheil zu statten kommen, wenn etwa der Testirer eine unanständige Person zum Erben ernannt hätte? Ausser Just. Henning Böhmer [23]) ist auch *Petrus de* TOULLIEU [24]) dieser Meinung.

Endlich soll auch nach der Nov. 118. Kap. 4. aller Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten in Absicht auf die Intestaterbfolge aufgehoben seyn. Daher haben Halbgeschwister

22) Meine Erörterung §. 123.

23) Diss. cit. §. 25. nr. III. wo es heißt: *Si fratrum germanorum liberi una cum consanguineo defuncti fratre excluſi sunt a testatore, soli fratrum germanorum liberi ad querelam admittuntur, quia paria cum germanis iura in successione acceperunt, et praeterea consanguineis praeferuntur.*

24) Collectan. iuris civ. edit. a *Io.* WOLBERS. *Groningae* 1737. 4. pag. 237. wo er sagt: *Etenim videtur* IUSTINIANUS *id unum in conspectu habuisse, ut successionem ex ipsa tantum pii testatoris praesumta voluntate, adeoque ex solo naturalis pietatis officio disponeret. Cum igitur fratrum germanorum filios propriis Thiis uterinis consanguineisve anteferret, manifestum est, ipsum existimasse, pleniori officio pietatis defunctum erga ipsos teneri, quam erga fratres ab uno tantum latere sibi iunctos: adeoque magis inofficiosum esse testamentum, in quo illi, quam in quo hi exheredati vel praeteriti essent. His vero querelam dari, neminem esse puto, qui negaverit: igitur et illis eam quoque accommodari posse, omnino dicendum videtur.* Er setzt jedoch gleich hinzu: Hanc de filiis fratrum ad querelae et legitimae ius admittendis coniecturam non nisi *haesitanter* et *suspensa manu* Lectori proponimus.

von mütterlicher Seite mit den Halbgeschwistern vom Vater her ein gleiches Intestaterbrecht. Sollten sie also nicht auch ein gleiches Recht zum Pflichttheil haben? Otto [25]), Böhmer [26]), Reuter [27]), Huber [28]), Westenberg [29]), Finestres [30]), Westphal [31]), Seger [32]), Joh. Vincentius Trummer [33]) und mehrere andere Rechtsgelehrte glauben dieses. Denn sollte es nach der *L.* 27. *Cod. de inoff. testam.* gehen, so müßte man auch annehmen, daß den Halbgeschwistern vom Vater her neben den Vollbürtigen der Pflichttheil gebühre. Denn dies setzt jenes Gesetz voraus. Wie unschicklich würde aber dieses seyn, da sie neben einander keine gesetzliche Erben sind! Eben so wenig könne man also auch die fratres uterinos ausschliessen, welche die L. 27. blos darum ausgeschlossen hätte, weil sie keine Agnaten waren, und daher nicht ab intestato erbten. Eben so argumentirt auch unser Verfasser not. d.

Alles kömmt darauf an, ob sich von der Intestaterbfolge ein gültiger Schluß auf das Recht zum Pflichttheil, und

25) Comm. ad Institut. h. t. §. 1. nr. 4. pag. 297.

26) Diss. de querela inoff. fratrum. conf. §. 27.

27) Diss. de effectu querelae inoff. test. §. 15.

28) Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 18. nr. 4.

29) De portione legitima, liberis parentibus et fratribus relinquenda. Dissertat. II. Cap. IV. §. 6.

30) Praelect. ad Tit. Dig. de inoff. testam. Cap. V. §. 17.

31) Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 382. S. 270.

32) Observationes iuris civ. *Lipsiae 1768.* nr. II.

33) Diss. de querela inoffic. testam. fratribus uterinis haud denegande. *Erlangae 1783.*

und die, im Fall derselbe unbilliger Weise entzogen worden, zustehende Inofficiositätsklage machen lasse? Dieß behaupten nun alle diejenigen, welche die vorhin aufgeworffenen Fragen bejahend entscheiden. Allein wie wenig jene Schlußfolge gültig sey, ist nicht nur von Voet [34]), Rorgersius [35]), Pürtmann [36]) und Haubold [37]) gründlich gezeigt worden; sondern es ist auch aus der historischen Betrachtung des Entstehens, der Gründe, und der Revolutionen beyder Rechte leicht erklärlich, warum zwischen Intestat- und Notherbrecht keine durchgängige Harmonie Statt fand [38]). Fast schon vom Anfange, noch mehr in der Folge, war die Querel über lieblose Testamente mehr auf das Recht der Cognation als Agnation gebaut. Man nahm daher bey derselben nicht sowohl auf die Ordnung der Personen Rücksicht, die nach den Civilgesetzen vermöge des Agnations- und Familienrechts succedirten, man sahe vielmehr auf das dem Ausgeschlossenen durch das lieblose Testament zugefügte Unrecht [39]). Je näher also diese Injurie den Ausgeschlossenen angieng, desto näher war sein Recht zur Querel. Da-

34) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 11.

35) Apodicticae demonstration. ad illustr. ius Rom. (*Lugd. Batav.* 1727. 4.) Lib. 1. Cap. IV. §. 5—9. pag. 150. seqq.

36) Diss. de querela inofficiosi testam. fratribus uterinis haud concedenda. *Lipsiae 1761.* Cap. II. §. 7. et Cap. IV. §. 1. EIUSDEM Vindiciae huius Dissertationis. *Ibid. 1785.*

37) Diss. de differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum. *Lipsiae* 1784. Cap. VI. pag. 27.

38) Man vergleiche hier vorzüglich *Arn.* HEISE Diss. de successoribus necessariis. Sect. I. §. 12 — 15.

39) *L.* 2. *L.* 8. *pr. D. b. t.*

her der Grund, warum die Eltern in der Querel den Geschwistern vorgiengen, und letzteren nur ein hypothetisches Notherbrecht zustand. Daher konnten ferner auch Cognaten, die doch keine Civilerben waren, dennoch eben so gut als Agnaten klagen [40]). Bey dem allen aber war dennoch die Querel über lieblose Testamente verhaßt. Man sieht es recht deutlich, wenn man die Gesetze im Codex *de inofficioso testamento* (III. 28.) mit den Gesetzen des Titels *de legitimis heredibus* (VI. 58.) vergleicht, daß Justinian auf der einen Seite eben so sehr die Querel einzuschränken bemüht gewesen, als er auf der andern Seite die Intestaterbfolge zu erweitern sich hat angelegen seyn lassen. Schon darum ist es gar nicht wahrscheinlich, daß Justinian so viele ausdrückliche Gesetze, die das Recht des Pflichttheils und derjenigen Personen bestimmen, welchen im Falle einer lieblosen Ausschließung die Querel zustehen soll, stillschweigend durch die Novelle 118 sollte abgeändert haben, die blos die Intestaterbfolge bestimmt, und der Inofficiositätsklage mit keinem Worte gedenkt. Konnte er wohl der Querel vergessen, wenn er geglaubt hätte, daß ihre Ordnung sich nach der Ordnung der Intestaterbfolge richtete? Oder würde Justinian so stillgeschwiegen haben, der sonst nach seiner bekannten Denkungsart nicht leicht etwas von dem ältern Rechte zu ändern pflegte, ohne dasselbe besonders zu erwähnen, und die Neuerung zu empfehlen [41])?

Aus

40) *L. 5. pr. L. 6. pr. h. t.* S. die Bibliothek kleiner iurist. Schriften, herausgegeben von *Hübner* und *Tittmann*. III. Band. S. 566.

41) Ausführlicher habe ich die Gründe in meinen Opusculis iurid. Fasc. III. pag. 47. sqq. vorgetragen.

Aus diesen Voraussetzungen ergiebt sich 1) wie wenig man zu der Folgerung berechtiget sey, daß Gleichheit des Rechts in der Intestaterbfolge auch Rechtsgleichheit in Beziehung auf Notherbrecht begründe [42]). Man kann daher

a) einem vollkommen adoptirten Kinde nach der Novelle 118. Kap. 4. zwar das Intestaterbfolgerecht in Ansehung des leiblichen Vaters nicht absprechen, allein ein Recht zur Querel kommt ihm darum nicht zu [43]). Ein unvollkommen adoptirtes Kind hingegen ist nur Intestaterbe seines Adoptivparens, aber nicht desselben Notherbe [44]). Eben so ist ein arrogirter Unmündiger seines Civilvaters Intestaterbe ohne Querel [45]).

b) Obschon vollbürtige Geschwister ein gleiches Intestaterbrecht mit den Ascendenten in der zweyten Klasse haben, so sind sie doch nur Notherben des dritten Rangs. Daher können

42) HEISE cit. Diss. Sect. I. §. 11.

43) SCHRADER Commentat. de nexu succeff. ab int. et querelae inoff. testam. §. 30.

44) *L. 10. §. 1. C. de adopt.* S. *Franc.* RAGUELLI Commentar. ad Constitut. et Decisiones Iustiniani Lib. VIII. pag. 712. Zwar will SCHRADER cit. Commentat. §. 33. behaupten, der Adoptivsohn eines Weibes habe die Querel gegen ihr Testament. Allein aus der *L. 5. C. de adopt.* worauf er sich beruft, ist dies nicht zu ersehen. Es würde auch mehr als inconsequent gewesen seyn, die von einem Weibe geschehene Adoption wirkungsreicher, als die ordentliche seyn und werden zu lassen. S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 159.

45) *Bern.* SCHOTANI Examen iuridic. sec. seriem Digestorum. (*Amstelod. 1646.*) h. t. pag. 266. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1693. pag. 860.

können Brüder und Eltern nie zusammen die Querel anstellen. Daß aber Geschwister den Eltern in der Querel nachstehen, ist, wenn auch nicht klare Worte eines Gesetzes dafür sprechen, dennoch darum nicht zu bezweifeln, weil jenen nur ein hypothetisches Recht zur Querel gegeben wurde [46]). Wollte man hier den Schluß von der Intestaterbfolge gelten lassen, so müßte es, wegen der einmal angenommenen Rechtsgleichheit, nun auch gleichviel seyn, ob eine ehrlose Person ist eingesetzt worden, oder nicht. Allein hier ist erweislich nichts geändert worden. Die meisten Rechtsgelehrten sind auch auf meiner Seite. Voet [47]), Lauterbach [48]), Georg Caspar Deahna [49]), Rorgersius [50]), Hofacker [51]), Ludwig Gottfr. Madihn [52]), und Höpfner [53]).

c) Auch den Geschwisterkindern kommt kein Pflichttheil zu, obschon Justinian ihnen mit den Geschwistern des Verstorbenen ein gleiches Intestaterbrecht gegeben hat.

46) Bibliothek kleiner iurist. Schriften von *Hübner* und *Tittmann*. III. Band. S. 574. Not. *).

47) Commentar. ad Dig. h. t. §. 11.

48) Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 20.

49) Disp. de querela inofficiosi testamenti fratrum in specie. *Altdorfii 1697.* Cap. III. §. 2.

50) Apodict. demonstration. ad illustr. ius Rom. Vol. I. Lib. I. cap. 4. §. 6.

51) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1693. not. h. pag. 861. et §. 1697. not. a. pag. 867.

52) Princip. iuris Romani de successionibus §. 142.

53) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 473. Not. 2. S. 513. der neuesten Ausgabe.

hat. Denn klare Gesetze [54]) schließen sie von der Inofficiositätsklage aus. Eine Abänderung dieser Gesetze ist nicht erweislich, und darf auch ohne dringende Noth in der Justinianeischen Gesetzgebung nicht vermuthet oder angenommen werden [55]). Das Repräsentationsrecht, welches Justinian den Geschwisterkindern bey der Intestaterbfolge gegeben hat, ist als ein besonderes Privilegium anzusehen. Justinian sagt es ausdrücklich in der Nov. 118. Kap 3. Huiusmodi *privilegium* in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum et feminarum filiis aut filiabus: *ut in suorum parentum iura succedant.* Es läßt sich also dieses Recht der Geschwisterkinder schon darum nicht auf die Querel ausdehnen, weil Privilegien ihrer Natur nach keine ausdehnende Erklärung zulassen. Sollte der Schluß von der Intestaterbfolge gelten, so könnten ja die Kinder vollbürtiger Geschwister auch dann, wenn das Repräsentationsrecht wegfällt, ob ius ordinis einen gleichen Anspruch an dem Pflichttheile machen, weil sie ob aequalem vinculi duplicitatem mit den vollbürtigen Geschwistern des Erblassers zu einerley Classe gehören. Soweit geht auch wirklich Just. Henn. Böhmer in seiner Schußfolge. Allein

54) §. 1. *in fin. I. h. t. L. 1. D. h. t. L. 21. C. eodem. Nov. I. in Praefat. §. 2. in fine.*

55) Die Bemerkung, daß Justinian selten eine Aenderung ohne große Zurüstungen, und bescheidenes Selbstlob zu machen pflegt, welche auch schon Vinnius in Select. iuris Quaestion. Lib. II. c. 20. et 21. Wieling in Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 31. pag. 254. und andere mehr gemacht haben, ist überhaupt für die Erklärung der Verordnungen dieses Kaisers von der größten Wichtigkeit. S. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts. §. 9. S. 46.

lein Westphal wagt es selbst nicht, ihm hierin nachzufolgen, sondern glaubt selbst, es bleibe hier bey dem alten Rechte, wenn neben den Geschwisterkindern keine Geschwister des Verstorbenen vorhanden sind, weil hier das Repräsentationsrecht wegfalle [56]). Wie ungewiß wird hier das Recht, wenn man vom Gesetz abweicht? Man spreche also, wie es das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, den Geschwisterkindern das Recht zur Querel rund ab, es sey zum Erben eingesetzt worden, wer da wolle, dann geht man gewiß am sichersten, und hat die Auctorität eines Voet [57]), Lauterbach [58]), Hofacker [59]), Madihn [60]) und Höpfner [61]) für sich. Endlich

d) ist es nach jenen Voraussetzungen nun auch eben so wenig einem gegründeten Zweifel unterworfen, daß die halbbürtigen Geschwister von der Mutter her durch die Nov. 118. kein Recht zum Pflichttheil erhalten haben, wenn sie gleich nach diesem Gesetz mit den consanguineis auf gleiche Art succediren, und es hat auf die Querel ganz und gar keinen

56) Diese meine Gründe findet man auch in meines ehemaligen fleißigen Zuhörers, des Herrn Stein Versuche einer theor. pract. Abhandlung über die Lehre des Röm. Rechts von pflichtwidrigen Testamenten. (Erlangen 1798. 8.) §. 31. S. 121. ff.

57) Comment. ad Dig. h. t. §. 11.

58) Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 21.

59) Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1693. not. k. pag. 862.

60) Princip. iur. Rom. de Successionibus. §. 142.

61) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 473. Not. 2. S. 513.

keinen Einfluß, daß Justinian in der Nov. 118. Kap. 4. den Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten in Absicht auf die Intestaterbfolge aufgehoben hat. Es heißt zwar daselbst: Nullam vero differentiam esse volumus in *quacunque successione*, vel *hereditate*, inter masculos et foeminas ad hereditatem vocatos, qui, ut ex aequo ad hereditatem vocentur, definivimus, sive *per masculum*, sive *per foeminam* defuncto coniungantur: sed *in omnibus successionibus* agnatorum cognatorumque differentiam *cessare* volumus. Diese Worte haben selbst den großen Huber verleitet, seine vorhin behauptete richtigere Meynung zu verlassen, und auf die Seite derjenigen zu treten, welche daraus eine Gleichstellung der uterinorum mit den consanguineis auch in Absicht auf das Notherbrecht folgern wollen. Allein man darf nur noch die folgenden Worte lesen: omnesque sine eiusmodi differentia secundum cognationis suae gradum *ad cognatorum ab intestato successionem* venire iubemus; so wird man sich überzeugen, daß hier blos von der Intestaterbfolge die Rede sey. Die Worte der Präfation setzen dieses vollends ausser allen Zweifel, wo Justinian sagt: Cum multas et diversas leges antiquis temporibus promulgatas inveniamus, per quas differentia *successionis ab intestato* inter agnatos et cognatos non iuste introducta est: necessarium duximus, hac lege *omnes* simul *successiones cognationis ab intestato* clara et compendiosa distinctione definire, ut cessantibus prioribus legibus, quae *hac de causa* latae sunt, imposterum ea solum serventur, quae nunc definimus. Wie wenig nun aber hier der Schluß von der Intestaterbfolge auf das Recht zur Querel gelten kann, ist daraus klar. Schon längst vor der Novelle 118. (sie ist vom Jahr

543. [62]) hatte Justinian im Jahr 534. eine Verordnung gemacht, (*L.* 15. §. 2. *Cod. de legitim. heredib.*) vermöge welcher die fratres uterini so gut, als die consanguinei, ab intestato erben sollten. Die Worte selbst lauten so: Sed nec fratrem et sororem *uterinos* concedimus in cognationis loco relinqui, cum enim tam proximo gradu sunt, merito eos sine ulla differentia, *tanquam si consanguinei fuerant*, cum *legitimis fratribus* atque *sororibus* vocandos esse sancimus. Dessen ungeachtet nahm er die L. 27. h. t. in seinen Codex auf, worin die fratres uterini von der Querel ausgeschlossen werden. Man wendet zwar ein, Justinian habe die L. 27. schon in seinen Codex aufgenommen, ehe jene L. 15. gegeben war, und nachher vergessen, sie auszustreichen, als er im Jahr 534. die L. 15. in den neuen Codex setzte. Allein diese ganz unerwiesene Hypothese beruhet auf einer ganz irrigen Voraussetzung, als ob die halbbürtigen Geschwister von mütterlicher Seite blos darum von der Querel wären ausgeschlossen worden, weil sie Cognaten sind. Daß nun aber das Agnationsrecht auf die Querel gar keinen Einfluß hat, liegt in der *L.* 27. *C. h. t.* so klar vor Augen, daß man sich billig wundern muß, wie man ein so einleuchtendes Argument, das hier alles entscheidet, hat übersehen können. Schon in dem vorigen Theile dieses Commentars ist gezeigt worden, daß die L. 27. auf mancherley Art interpolirt sey. Sie ist nämlich aus zwey verschiedenen Verordnungen des Kaisers Constantin, nämlich der L. 1. und 3. Cod. Theod. de inoff. testam. zusammengesetzt. In der L. 1. C. Th. wird es noch bey der Inofficiositäts-

klage

62) Meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 90. S. 259.

Klage der Geschwister zur nothwendigen Bedingung gemacht, daß das Agnationsrecht derselben, als der Grund der alten gesetzlichen Erbfolge, durch keine Emancipation dürfe aufgehoben seyn. Daher sagt Constantin in dem angeführten Gesetz ausdrücklich: germanis tantummodo fratribus, *agnatione durante*, petitionis aditus referetur. Dafür setzt nun Tribonian in der L. 27. C. h. t. *durante agnatione, vel non*, offenbar in keiner andern Absicht, als um dadurch zu erkennen zu geben, daß bey der Querel der Geschwister auf das Agnationsrecht nichts mehr ankommen solle. Da nun dessen ungeachtet die fratres uterini in der L. 27. von der Querel ausgeschlossen werden, so ist dies wohl der einleuchtendeste Beweis, daß sie nicht mehr darum, weil sie keine Agnaten sind, von dieser Klage ausgeschlossen seyn sollen, folglich die Aufhebung des Unterschiedes zwischen Agnaten und Cognaten, wenn sie auch erst in der Nov. 118. Kap. 4. geschehen wäre, auf die Querel der Geschwister gar keinen Einfluß haben könne [63]). Daher spricht auch die Praxis den Halbgeschwistern von mütterlicher Seite die Querel mit Recht ab [64]).

So

63) Diesen Grund hat auch Stein in dem oben angef. Versuch über die Lehre des röm. Rechts von pflichtwidrigen Testamenten §. 30. aus meinem Vortrage benutzt. Man kann noch, ausser PÜTTMANN in der oben angeführten Dissertation, *Herm.* LORENZ Diss. utrum Nov. CXVIII. cap. 4. Legi 27. Cod. de inoff. testam. obroget, fratribusque uterinis, turpi herede scripto, legitima relinquenda sit nec ne? *Goett. 1784.* und WALCH Introd. in controversias iuris civ. pag. 363. not.*) et p. 370 sq. vergleichen.

64) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 21. BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 17. not. 2. STRUV Synt.

So wenig man nun also annehmen darf, daß diejenigen, welche nach der Novelle 118. ein gleiches Intestaterbrecht haben, auch im Notherbrechte ausgeglichen worden sind; so richtig ist doch

2) Die Folge, daß diejenigen, welche nicht *ab intestato* erben, auch kein Recht zum Pflichttheil haben, und folglich auch von der Querel auszuschliessen sind. Denn Niemand kann die Querel anstellen, als dem der Pflichttheil gebührt. Nun ist dieser ein Theil der Intestaterbportion. Also kann Niemand die Querel mit Wirkung anstellen, der nicht auch der nächste Intestaterbe entweder schon zur Zeit des Todes des Erblassers ist, oder es wenigstens wegen der Loßsagung des Näheren oder durch das Eintrittsrecht (*successio*) geworden ist [65]). Hieraus folgt,

a) daß ein Ascendent, der mit einem unvollkommen adoptirten Kinde des Erblassers in der Intestaterbfolge zusammentrifft, kein Recht zur Querel habe [66]). Zwar steht einem solchen angenommenen Kinde die Querel nicht zu; allein es geht dem Vater in der gesetzlichen Erbfolge vor. Nun tritt

iur. civ. Exerc. X. Th. 18. et MÜLLER ad *Eundem* c. l. not. *η*. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1693. pag. 860.

65) S. FUNK Commentat. de nexu inter successionem ab int. et querelam inoff. testamenti §. 22. et 23. und RODBERTI Commentat. de querela inofficiosi testam. P. I. continens historiam querelae inoff. testam. usque ad *Constantinum M.* Imp. *Goett.* 1802. §. 16. seqq.

66) SCHRADER Commentat. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testam. §. 75.

tritt aber die Intestaterbfolge ein, wenn das Testament als lieblos aufgehoben wird.

b) Wenn leibliche Geschwister mit halbbürtigen Geschwistern von väterlicher Seite concurriren, so sind nur die erstern als Notherben anzusehen, wenn ihnen eine ehrlose Person im Testament ist vorgezogen worden. Denn da Halbgeschwister nach der Nov. 118. Kap. 3. kein Intestaterbrecht haben, wenn leibliche Geschwister vorhanden sind, so kann man ihnen auch in diesem Falle kein Recht zur Querel einräumen [67]). Endlich

c) wenn ein Bruder von väterlicher Seite (frater consanguineus) mit leiblicher Geschwister Kindern zusammen trifft, so kann erster nicht klagen, wenn auch der Testamentserbe eine turpis persona wäre. Denn nach der Nov. 118. Kap. 3. steht ihm in diesem Falle kein Intestaterbrecht zu. Wie kann also diesem Unrecht geschehen, der ohne Testament nichts geerbt haben würde [68])?

67) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21. DE AHNA Diss. de querela inoff. testam. fratrum. Cap. II. §. 9. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 15. nr. 5.

68) *Luc. van de* POLL lib. sing. de exheredatione et praeteritione. Cap. LXXX. §. 8—11. REUTER Diss. de effectu querelae inoff. testam. §. 49. KOCH Diss. Quatenus testator per querelam inoff. reddatur intestatus? Tr. *de Succeff. ab int.* adj. nr. I. pag. 221. und SCHRADER cit. Commentat. §. 69. et §. 78. Anderer Meinung sind jedoch *Guil.* RANCHINUS in Tr. de Succeff. ab int. Cap. XVII. §. 5. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. X. Th. 24. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. XV. not. w.

§. 544.

Nähere Erörterung der Lehre vom Pflichttheile. I. Begriff, Größe und Berechnung desselben.

Der Theil der Erbschaft, welcher gewissen nahen Verwandten des Erblassers, jedoch nicht über den zweyten Grad der Seitenlinie, welche daher Notherben genennt werden, nach Vorschrift der Gesetze hinterlassen werden muß, wenn keine rechtmäßige Ursach, sie auszuschliessen, vorhanden ist, wird nun also der **Pflichttheil** [69]) (*legitima portio*) genennt.

Die **Größe** desselben hing anfangs von dem Ermessen der Centumviralrichter ab [70]). Erst in der Folge erhielt er durch die Lex Falcidia seine gesetzliche Bestimmung, indem selbiger nach der Analogie dieses Gesetzes zuerst auf den **vierten Theil** desjenigen gesetzt wurde, **was der Notherbe**

69) *Claud.* CHIFLETII de portionibus legitimis liber sing. nebst andern Tractaten Desselben *Lugduni* 1584. 8. und in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 722. sqq. *Claud. de* BATTANDIER de legitima, parentibus, fratribus et filiis debita. Recus. *Neustadii 1602. Casp.* MANZII Tract de legitima liberorum, parentum, fratrum et sororum. *Ingolstadii* 1658. 8. *Io. Ortw.* WESTENBERG Diss. I – IV. de portione legitima, liberis, parentibus et fratribus relinquenda. Tom. I. *Operum* a *Io. Ge.* IUNGIO editor. (*Hanoverae* et *Luneb.* 1746. 4.) *Chr. Frid.* GLÜCK Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate. *Erlangae* 1788. 8. (*Opuscul. iurid.* Fasc. III.) *Ludolph. Henr.* LILIEN Specim. iurid. de legitima. *Erfordiae 1792.* und G. Müller Lehre vom Pflichttheil. Amberg und Sulzbach 1801. gr. 8.

70) WESTENBERG Diss. I. de P. L. cap. IV. §. 9.

erbe *ab intestato* würde bekommen haben [71]). Daher ist zu erklären, warum der Pflichttheil in den Gesetzen [72]) zuweilen *Falcidia* genennt wird. Vielleicht ist daher auch die Benennung der *portio legitima* entstanden [73]). Auf die Zahl der Personen kam ehemals nichts an, dieser mochten viel oder wenig seyn, der Pflichttheil blieb immer, wie Ulpian [74]) sagt, quarta pars debitae ab intestato portionis.

Bey diesem Betrage des Pflichttheils war es denn freylich kein Wunder, wenn Kinder eines reichen Vaters dadurch öfters an den Bettelstab geriethen, weil, wenn der Kinder viel waren, die Pflichttheilsquarte natürlicher Weise in gar kleine Portionen zerfallen mußte. Grund genug, warum Justinian, der, wie er in der Präfation der Nov. 18 von sich rühmt, Gott stets vor Augen hatte, und sich daher vorzüglich bestrebte, durch Abänderung des ältern, und Einführung eines neuen billigern Rechts etwas Gutes zu wirken, um der göttlichen Wohlthaten würdig zu seyn, sich bewogen fand, die Summe des Pflichttheils nach der Zahl der Personen zu erhöhen [75]). Er verordnete daher in

71) *Fr.* BALDUINUS de Lege Falcidia. in *Iurisprud. Romana et Attica.* Tom. I. pag. 190.

72) *L. 31. C. h. t. L. 5. §. 3. Cod. ad L. Iul. maiestat. Nov. XCII. Praefat.*

73) BALDUINUS l. c.

74) *L. 8. §. 6. et 8. D. h. t.*

75) Die Novelle 18. in welcher diese wichtige Abänderung des ältern Rechts enthalten ist, promulgirte Justinian im Jahr Chr. 536. S. CONTII Chronolog. annor. et Consulum ac Indiction. Imp. Iustiniani ad a. 536. adj. *edit.* Codicis Iustinianei

der gedachten Novelle 18. Kap. 1. daß wenn der Erben vier oder weniger sind, der Pflichtheil den dritten Theil, wenn hingegen fünf oder mehr Personen dazu vorhanden sind, die Hälfte der Erbschaft betragen solle, welche den Notherben ab intestato zu Theil geworden seyn würde. Die hierher gehörigen Worte lauten nach Hombergk so: Haec nos moverunt, ut legem corrigeremus, nec in perpetuum eam sineremus erubescere [76]), sed tali modo rem determinaremus, ut si quis *unius* vel *duorum* aut *trium* vel *quatuor liberorum* pater aut mater sit, non quadrantem solum ipsis relinquat, sed *tertiam bonorum partem*, hoc est, *quatuor uncias*, idque mensura sit dicto

nianei *Charondinae*, Antverpiae 1575. f. pag. 493. und *Abr.* WIELING Index Novellar. chronolog. in EIUS *Iurisprud. Restitut.* pag. 168. Justinian hat diese Novelle, wie er Nov. 66. Kap. 1. §. 2. selbst sagt, in beyden Sprachen, der griechischen und lateinischen, abfassen lassen, das lateinische Exemplar war an Salomo, den Praefectus praetorio Africae, gerichtet. Da die lateinische Novelle in der Vulgata an den Joannes, Praefectus praetorio Orientis, gerichtet ist, so ergiebt sich hieraus, daß sie nicht das Original, sondern blos eine Version des griechischen Textes ist, wie insonderheit auch das Datum, und die in dem lateinischen Text vorkommenden vielen Gräcismen beweisen. S. Meine Diss. de const. legitimae port. parent. quantitate §. 8. pag. 85. sq.

76) Haloander will hier im griechischen Text statt ἐρυθριῶντα lesen ἐριθριῶντας, und übersetzt diese Worte so: ne semper eam cum pudore intueremur. Allein diese Emendation ist ganz unnöthig, wie schon HERALDUS Observat. et Emendat. cap. 31. gezeigt hat. Justinian braucht mehrmalen den Ausdruck: lex erubescit. *L. 34. §. 1. C. h. t. Nov.* 22.

cto illi numero definita: Sin vero *plures quam quatuor* habuerit liberos, *dimidiam partem totius ſubſtantiae ſuae* illis relinquat, ut *ſex unciae* ſint omnino, quod debetur, et *inter ſingulos triens forte vel ſemis aequaliter dividatur:* idque non iniuſta rerum circumſtantia (forte enim hic iniuria quibusdam fieri poſſet, ſi hi quidem meliora, illi vero deteriora acciperent) ſed quod cuique competit, per omnia in quantitate et qualitate aequale ſit, ſive quis illud per modum inſtitutionis, ſive legati, ſeu quod idem eſt fideicommiſſi nomine relinquat. Licet enim ei id, quod reliquum eſt, beſſem ſcilicet vel ſemiſſem habere, et prout voluerit, ſive liberis ipſis ſive extraneis largiri, et cum naturae prius, quae debet, praeſtiterit, deinde erga extraneos liberalem eſſe: *atque hoc in omnibus perſonis, quibus ab initio antiqua quarta querelae de inofficioſo conſtituta eſt, obtineat* [77]). Es entſtehen hier mancherley ſtreitige Fragen, wozu dieſe neue Verordnung des Kaiſers Juſtinian Veranlaſſung gegeben hat.

I. Erſtreckt ſich die Erhöhung des Pflichttheils auch auf die einem arrogirten Unmündigen gebührende Antoniniſche Quarte? Vinnius [78]), Greve [79]) und Malblank [80]) glau-

77) Haloander hat: Hoc eodem obtinente in omnibus omnino perſonis, *quibus olim quadrantis nomine de inofficioſo querelæ legibus attributa fuit.*

78) Commentar. in Inſtitut. Tit. de adopt. §. 3. nr. 3.

79) Exercitationes ad Pandectar. loca difficiliora. Exerc. I. §. 22. pag. 21.

80) Princip. iur. Rom. ſec. ordin. Digeſtor. P. I, Tit. de adopt. §. 140. in fin. pag. 158.

glauben es, denn sie halten diese Quarte für nichts anders, als die legitima des ältern Rechts, nach ihrer Meinung soll daher dieselbe auch nur eine quarta portionis ab intestato debitae seyn. Allein das Gegentheil haben Voet [81]), Anton Matthäus [82]), Janus a Costa [83]), Franz. Bröus [84]) Gregor. Majansius [85]), Westenberg [86]), Anton Schulting [87]), Everhard Otto [88]), Cocceji [89]) und Madihn [90]) aus so bündigen Gründen dargethan, daß man ihnen mit voller Ueberzeugung beytreten kann. Der Unterschied zwischen der Legitima und der Quarta D. Pii leuchtet in die Augen. Denn der Unmündige wird in Ansehung dieser Quarte gar nicht als Erbe betrachtet [91]), sondern sie ist gleichsam als ein aes alienum anzusehen [92]), weshalb

81) Commentar. ad Dig. Tit. de adopt. §. 4.

82) Commentar. ad Institut. Iustin. (*Trajecti ad Rhen. 1672.*) Tit. de adopt. §. 3. nr. 9. et 10. pag. 368.

83) Comment. ad Iustin. Institut. Lib. I. cap. XI. §. 3.

84) Expositiones in Imp. Iustiniani Institution. (*Lutet. Parisior.* 1622. 4.) Lib. I. Tit. XI. §. 3. nr. 5. pag. 105.

85) Disputation. iuris civ. Tom. I. (*Lugd. Batavor.* 1752. 4.) Disp. XII. *de impuberum adrogatione* §. 24.

86) Diss. II. de portione legitima Cap. II. §. 18.

87) Enarrat. partis primae Digestor. Lib. I. Tit. VII. §. 10.

88) Comm. ad Iustin. Instit. Tit. de adopt. §. 3.

89) Ius civ. controv. Lib. I. Tit. VII. Qu. 7.

90) Diss. de quarta D. Pii, eiusque usu hodierno. *Trajecti cis Viadr. 1776.*

91) *L. 2. §. 1. D. fam. erciſc.*

92) *L. 8. §. 15. in fin. D. de inoff. teſtam. L. 22. D. de adopt.*

weshalb dem Arrogirten keine Querel [93]), sondern nur eine Personalklage, (condictio ex constitutione D. Pii) zusteht [94]). Sie hat daher gar keine Beziehung auf die Intestaterbfolge, sondern ist immer der vierte Theil des ganzen Vermögens des Arrogators, wenn auch ausser dem Arrogirten leibliche Kinder vorhanden seyn sollten [95]). Ist der Un-

 mündige

93) *L. 8. §. 15. cit.* Si quis *impubes adrogatus* sit ex his personis, quae et *citra adoptionem* et *emancipationem* queri de inofficioso possunt; (z. E. der Unmündige ist von einem Ascendenten arrogirt worden) hunc puto removendum a querela, *cum habeat quartam ex constitutione* D. PII. Quodsi egit, nec obtinuit, an quartam perdat? et puto, aut non admittendum ad inofficiosum, aut si admittatur (sc. *de facto, non quasi iure possit*) etsi non obtinuerit, quartam ei, *quasi aes alienum*, concedendam. Man sehe über diese Stelle *Ioann.* ALTAMIRANI Tract. X. ad Libr. X. Quaestion. *Scaevolae* §. 8. in MEERMANNI *Thes. iuris civ. et canon.* Tom. II. pag. 503. et POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. nr. XXX. Tom. I. pag. 193.

94) *L. 1. §. 21. D. de collat. bonor.*

95) *L. 13. D. Si quid in fraudem patroni* sagt ausdrücklich: Constitutione *D. Pii* cavetur de impubere adoptando, ut *ex bonis, quae mortis tempore illius, qui adoptavit, fuerunt, pars quarta ad eum pertineat, qui adoptatus est.* Auch alle übrige Gesetze reden immer von einer *quarta bonorum*, nie aber von einer quarta portionis ab intestato. *L. 22. §. 1. D. de adopt. §. 3. I. eodem. L. 2. C. eodem.* Einige von denen, welche mit mir läugnen, daß die Antoninische Quarte durch die Nov. 18., gleich dem Pflichttheile, vermehrt worden sey, behaupten zwar dennoch, daß die Quarte in dem Falle, da leibliche Kinder vorhanden sind, nur der vierte Theil der Intestaterbportion sey, als Cocceji a. a. O. Qu. 6. und Westenberg a. a. O. Allein man vergleiche ausser Voet a. a. O. Emminghaus ad *Cocceji* ius civ. controv. c. 1. not. i.

mündige ohne rechtmäßige Ursach emancipirt worden, so kann er die Quarte zwar bey Lebzeiten des Arrogators nicht fordern, allein er hat doch schon ein so gegründetes Recht darauf erworben, daß wenn er auch vor dem Civilvater stirbt, er sie doch auf seine Erben transmittirt [6]). Auf diese Quarte ist daher die Novelle 18. um so weniger anwendbar, da sie blos auf Notherben geht, *quibus olim quadrantis nomine de inofficioso querela legibus attributa fuit*, welches aber auf arrogirte Unmündige gar nicht paßt [97]).

II. Hat

96) *L. 1. §. 21. D. de collat.* Si impubere arrogato secundum *D. Pii* rescriptum quarta debetur, videndum est, an, si patris naturalis bonorum possessionem petat, conferre quartam debeat: quaestio in eo est, an heredi suo relinquat quartae actionem, an non? Et magis est, *ut ad heredem transferat:* quia *personalis actio* est. Igitur etiam de quarta conferenda cavere eum oportebit. *Sed hoc ita demum, si iam nata est quartae petitio.* Caeterum si adhuc pater adoptivus vivat, qui eum emancipavit: dicendum est, cautionem quoque cessare: *praematura est enim spes collationis, cum adhuc vivat is, cuius de bonis quarta debetur.* Ueber diese Stelle vergleiche man besonders *Ant.* FABRI Iurisprud. Papinian. Tit. de adoption. Princ. I. Illat. 12. pag. 493 — 502. Er sucht daselbst zu beweisen, daß die ganze letzte Periode von den Worten: *Sed hoc ita demum* an, ein Emblem sey.

97) Es ist ganz unbegreiflich, wie VINNIUS ad §. 3. I. de adopt. nr. 3. schreiben konnte: *Certe ante* D. PII *constitutionem non minus adrogato impuberi, quam caeteris querela competiit.* DIVUS *autem* PIUS *non minuit ius adrogati, sed auxit, ut ei querela iam non sit necessaria, sed proprio et meliori iure quartam sibi debitam obtinere possit.* Fiel ihm denn nicht bey, daß vor den Zeiten des K. Antoninus Pius Unmündige auf keine Weise arrogirt werden konnten? ULPIAN. *Fragm.* VIII. 4.

Eben

II. Hat Justinian durch die Nov. 18. den Pflichttheil der Eltern und Geschwister eben so, wie den der Kinder, erhöhet? Diese Frage ist zu bejahen. Zwar redet Justinian ausdrücklich nur von Kindern. Allein aus den Schlußworten des 1. Kap. welche in der Vulgata so lauten: *hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est*, erhellet deutlich, daß dasjenige, was Justinian von der Vermehrung des Pflichttheils verordnet hat, von allen Notherben, und folglich auch von Eltern und Geschwistern zu verstehen sey. Denn beyde hatten ja schon ehemals so gut, als die Kinder, die Querel, wenn sie auf eine lieblose Art waren ausgeschlossen worden [98]). Verschiedene Rechtsgelehrten [99]) haben zwar dennoch jene Clausel blos von Descendenten erklären wollen, und schliessen daher Eltern und Geschwister von der Wohl-

Eben so wenig verstehe ich, wenn Herr Prof. Malblank l. c. pag. 159. sagt: *Sensus et verba legis id tantum innuunt, validam esse impuberis emancipationem aut* EXHAEREDATIONEM, *si* IN QUARTA *ad minimum* INSTITUTUS *sit! Contrario casu non dubitandum, quin ob praeteritionem aut exhaeredationem iniustam iisdem utatur remediis, quae reliquis liberis competunt.* Wie läßt sich dies mit der *L. 8. §. 15. D. h. t.* vereinigen, in welcher sogar einem solchen Unmündigen die Querel abgesprochen wird, der ohne geschehene Arrogation, im Falle der Enterbung, die Querel würde haben anstellen können? S. oben Not. 93.

98) *L. 1. D. h. t.*

99) VINNIUS in Comm. ad §. 3. I. h. t. nr. 2. VAUDUS var. Quaestion. iur. civ. Lib. I. cap. 50. BATTANDIER de legitima. Cap. IV. nr. 31. BACHOVIUS ad *Treutlerum.* Vol. I. Diff. XIII. Th. 13.

Wohlthat dieses Gesetzes aus. Andere [100]) hingegen wollen diese Clausel blos auf Kinder und Eltern einschränken, und daher die Geschwister, weil diesen blos zur Ausschliessung einer ihnen vorgezogenen schändlichen Person die Querel gegeben worden sey, an jener Vermehrung des Pflichttheils keinen Antheil nehmen lassen. Allein beyde haben unrecht. Die Gründe dieser Meinungen habe ich an einem andern Orte [1]) geprüft und widerlegt. Justinian beruft sich selbst in einer neuern Verordnung, Novelle 89. Kap. 12. §. 3. bey der Gelegenheit, da er des Pflichttheils der Eltern gedenkt, ausdrücklich auf seine Constitution, wenn er daselbst sagt: Si vero habeant hi, quos praediximus, aliquos *ascendentium*, legitimam eis reliquant partem, *quam lex et nos constituimus*. Spricht nun gleich für die Geschwister kein so ausdrückliches Gesetz, so ist doch wenigstens kein hinreichender Grund vorhanden, sie von dieser Clausel auszuschliessen, da sich Justinian auch in andern Gesetzen eben so auszudrücken pflegt, wenn er dasjenige, was er zum Besten der Kinder verordnet hat, auch auf die übrigen Notherben ausgedehnt wissen will [2]). Ueberdem stand ja den Geschwistern anfangs (ab initio) die Querel, so gut als den Kindern und Eltern, ohne Einschränkung zu, und Justinian vergißt auch der Geschwister nicht, wenn er an einem andern Orte [3]) von dem Pflichttheile der Notherben sagt, er sey eine

100) MERLINUS de legitima Lib. I. Tit. III. Qu. 5. nr. 3. und VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 46.

1) S. meine Diss. de constituenda legitimae port. parentum quantitate Sect. II. §. 15. et 16.

2) Man s. *L. 35. §. 3. C. h. t.*

3) *Nov. I. in Praefat. §. 2. in fin.*

eine pars certis personis tribuenda, *tanquam a natura eis debita.* Hierin sind auch nun die meisten sowohl Theoretiker [4]) als Practiker [5]) einverstanden.

III. Ist der Pflichttheil durch die Nov. 18. Kap. 1. auf ein Drittel oder die Hälfte der ganzen Erbschaft erhöhet worden, oder ist er auch nur, wie vormals, ein Theil derjenigen Portion, welche den Kindern, Eltern oder Geschwistern *ab intestato* zugefallen seyn würde? Diese Frage ist sehr streitig und schwierig. Sie ist aber auch gewiß nicht minder wichtig. Zwar macht es keinen Unterschied, wenn außer den Personen, denen der Pflichttheil gebührt, keine andere Intestaterben vorkommen, und überdem auch die Notherben insgesammt in dem ihnen gebührenden Pflichttheile eingesetzt worden sind. Hier ist es gleichviel, ob man sagt: der Pflichttheil ist ein Theil des ganzen Nachlasses, oder ein Theil der Intestaterbportion. Z B die Intestaterben des Verstorbenen wären seine zwey Kinder gewe-

4) *Ger.* NOODT Comm. ad Pandect. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 173. §. *Sed apparet* etc. *Luc. van de* POLL de exheredatione et praeterit. Cap. LXIV. §. 8. sqq. *Io. Ortw.* WESTENBERG Differt. III. de portione legitima. Cap. III. §. 12. seqq. FRANTZKIUS in Comm. ad Pand. h. t. n. 32. et 33. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 28. WALCH Introd. in controv. iur. civ. pag. 189 §. 3.

5) *Pet.* GUDELINUS in Comm. de iure novissimo Lib. II. c. 7. *Conr.* RITTERSHUSIUS in Exposit. Novell. P. VI. cap. 4. nr. 10. CARPZOV Iurispr. for. P. III. Const. XII. Def. 11. nr. 3. *Casp.* MANZ Tr. de legitima Qu. 6. et 7. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 43. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. T. II. §. 1710. pag. 891.

gewesen. Er hat sie aber blos im Pflichttheile eingesetzt, und ein Vermögen von 6000 fl. hinterlassen. Der Pflichttheil beträgt hier ein Drittel, und es ist gleichviel, man berechne ihn aus der ganzen Verlassenschaft des verstorbenen Vaters, oder nach dem Intestaterbtheile eines jeden Kindes. Denn nach jener Berechnung macht der Pflichttheil für beyde Kinder zusammen 2000 fl. diese müssen sie also unter sich theilen. Nach der letztern Berechnung hingegen wäre zuvörderst der Intestaterbtheil eines jeden Kindes auszumitteln. Dieser beträgt 3000 fl. Hiervon macht ein Drittel den Pflichttheil eines jeden Kindes aus. Es bekommt also nach der einen Berechnung, wie nach der andern, jedes Kind zu seinem Pflichttheil mehr nicht als 1000 fl. Eben so ist es auch bey dem Pflichttheile der Eltern, wenn sie beyde instituirt, und ausser ihnen keine andere Intestaterben vorhanden sind. Hier gilt also die Regel: Quanta est legitima *collective*, tanta etiam est *distributive* [6]).

Allein ein sehr groſser Unterschied zeigt sich hierin, wenn entweder ausser den eigentlichen Pflichttheilsberechtigten noch andere Personen vorhanden sind, die mit jenen ab intestato

6) S. BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 16. und HAUBOLD ad *Eundem* not. aa. Tom. I. (*Lipsiae* 1801. 4.) pag. 398. Man bemerke hier folgende Ausdrücke: wird der Pflichttheil aus der ganzen Verlassenschaft nach der Zahl derjenigen berechnet, welchen er gebührt, so heiſst diese Berechnung eine collective. Wird hingegen die legitima der Notherben nach dem Verhältniß ihres Intestaterbtheils computirt, so wird diese Berechnung eine distributive genennt. S. meine Diss. de constituenda legitimae port. parentum quantitate Sect. II. §. 13. pag. 117. sqq.

testato geerbt haben würden; oder wenn zwar nur Notherben allein concurriren, diese aber nicht insgesammt auf den Pflichttheil eingesetzt, sondern nur einige, andere hingegen schlechthin zu Erben ernannt oder enterbt worden sind. Z. B. der Verstorbene hat ausser den Eltern, die er auf den Pflichttheil zu Erben eingesetzt hat, noch leibliche Geschwister hinterlassen. Hier kommt sehr viel darauf an, ob man den Pflichttheil der Eltern aus der ganzen Verlassenschaft berechnet, oder ob man ihn für einen Theil der Intestaterbportion hält. Wir wollen z. B. den Fall annehmen, der Verstorbene hätte einen Vater, und einen leiblichen Bruder hinterlassen, den erstern blos im Pflichttheile, den letztern aber überhaupt zum Erben ernannt. Die Verlassenschaft beträgt 12000 fl. Wird hier der Pflichttheil des Vaters zu einem Drittel seines Intestaterbtheils berechnet, so bekommt er 2000 fl. Denn ohne Testament hätten beyde in capita geerbt, und der Vater zu seinem Antheile 6000 fl. erhalten. Wollte man hingegen die legitima aus der ganzen Verlassenschaft berechnen, so betrüge das Drittel 4000 fl, mithin noch einmal soviel, als nach jener erstern Berechnung.

Man setze ferner, ein Vater habe von mehreren Kindern eins enterbt, die übrigen aber blos im Pflichttheile zu Erben eingesetzt. Hier macht es einen grossen Unterschied, ob der Pflichttheil blos im Verhältniß zu dem Intestaterbtheil der Kinder, oder ohne diese Rücksicht nach der Zahl der Personen, die denselben fordern können, aus der ganzen Verlassenschaft des Verstorbenen berechnet wird. Denn in dem ersten Falle ist auch das enterbte Kind mitzurechnen, in sofern es ab intestato mitgeerbt haben würde, in dem letztern Falle aber nicht. Man setze also, ein Vater habe

von

von zwey Kindern das eine enterbt, das andere aber blos im Pflichttheile eingesetzt. Wird hier der Pflichttheil ohne Rücksicht der Intestaterbfolge bestimmt, so beträgt er ein Drittel des ganzen Nachlaßes. Wird hingegen auf den Intestaterbtheil eines jeden Kindes Rücksicht genommen, und daher das enterbte Kind mitgezählt, so ist die legitima blos ein Drittel von der Hälfte des Nachlasses, welche das den Pflichttheil fordernde Kind zu seinem Erbtheil ab intestato erhalten haben würde. Besteht also der Nachlaß aus 1200 fl. so wird das instituirte Kind nach der ersten Berechnung 400 nach der letztern aber nur 200 fl. zu seiner legitima erhalten. Man setze ferner, der verstorbene Vater habe von fünf Kindern eins rechtmäßig enterbt, die übrigen vier aber nur im Pflichttheile instituirt; ist der Pflichttheil ein Theil der Intestaterbportion, so ist das enterbte Kind mit zu zählen, und die legitima der übrigen Kinder beträgt die Hälfte desjenigen, was jedes Kind ab intestato bekommen haben würde. Ist hingegen der Pflichttheil ein Theil der ganzen Verlassenschaft, so beträgt er hier für die vier Kinder zusammen, ohne das enterbte mitzuzählen, nur das Drittel.

Bey diesem auffallenden Unterschiede ist es unbegreiflich, wie Bachov Echt [7]) so gedankenlos schreiben konnte: *ieiuna videtur haec quaestio, an legitima sit portio eius, quod ab intestato debetur, an totius substantiae, quoniam haec non nisi patrefamilias mortuo debetur* [8]).

Es

7) Notae et animadverf. ad *Treutlerum* Disp. XIII. Th. XI. lit. B. pag. 535.

8) S. meine Diss. de legitima parentum §. 10.

Es fragt sich nun, welche Meinung bey der Berechnung des Pflichttheils nach den Gesetzen anzunehmen sey? Die meisten Rechtsgelehrten [9]) stimmen darin überein, daß durch die Novelle 18. Kap. 1. nur die Grösse des Pflichttheils erhöhet, dessen ehemalige Beschaffenheit aber, vermöge welcher derselbe blos ein Theil der Intestaterbportion war, nicht abgeändert worden sey. Der Pflichttheil sey also auch nach dem neuesten römischen Rechte immer nur der dritte Theil, oder die Hälfte desjenigen, was der Notherbe, welchem er gebührt, *ab intestato* würde erhalten haben.

9) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. X. Th. 32. *Io.* SCHILTER Diss. de legitimae cum quarta vel simili portione, superstiti coniugi debita, concurrentis computatione. (*Altorfii 1697.*) Membr. I. §. 22. sqq. HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 14. pag. 292. (edit. *Franeq. 1689.*) *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. XVIII. EMMINGHAUS ad *Eundem* c. l. not. l. Tom. I. pag. 458. WESTENBERG Diss. III. de portione legitima. Cap. I—III. *Io. Christ.* CLAPROTH Diss. de computo legitimae secundum personas. *Goettingae 1739.* §. 21. Carl Fried. Gerstlachers Beweis einer neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils. (Stuttgard 1772. 4.) §. 9. *Aug. Wilh.* MEYER Diss. de determinanda legitimae quantitate. *Goettingae 1776.* §. 6. sqq. Westphal Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 393. folgg. S. 278. ff. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1711. not. a. HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. pag. 398. not. z. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 473. Not. 8. Weber zu Höpfner S. 517. der neuesten Ausgabe. Dabelow Handbuch des heutigen gemeinen römisch-deutschen Privatrechts. 2. Th. 1. Abth. (Halle 1803.) §. 1076. FUNK Comm. de nexu inter successionem ab int. et querelam inoff. testam. §. 23. u. a. m.

haben. Diese Meinung, welche auch die Praxis annimmt [10]), verdient allerdings den Vorzug [11]). Vor allen Dingen muß ich jedoch bemerken, daß wenn die Frage davon ist, ob der Pflichttheil ein Theil der ganzen Erbschaft oder nur des Intestaterbtheils sey, immer der Fall vorausgesetzt werde, daß mehrere Erben vorhanden sind, es seyen nun entweder blos Notherben, oder auch solche, welche wenigstens mit den Pflichttheilsberechtigten ab intestato würden geerbt haben. Denn ist nur ein Notherbe vorhanden, der auch der einzige nächste Intestaterbe gewesen seyn würde, so versteht es sich von selbst, daß hier der Pflichttheil kein Theil der Intestaterbportion, sondern ein Theil des ganzen Nach-

10) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 43. *Tob. Iac.* REINHARTHI select. Observationes ad *Christinaei* Decisiones. Vol. I. Obs. 54. nr. 4. pag. 133. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 171. et Tom. IV. Obs. 212. L. B. a WERNHER Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 82. nr. 2. Pütter auserlesene Rechtsfälle. 3. Bandes 1. Th. Resp. CCLX. nr. 42. ff. S. 238. *Fratr.* BECMANNORUM Consilia et Decision. P. II. Consil. XLVII. nr. 9. pag. 34. Consil. Tubing. Vol. I. Consil. 46. nr. 25. sqq.

11) Man sehe meine Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate Sect. II. §. 9. sqq. Die daselbst von mir angeführten zum Theil neuen Gründe findet man auch in der Kürze, so wie ich sie in meinen Vorlesungen über die Pandecten vorzutragen pflege, in Steins Versuche einer Abhandl. über die Lehre des Röm. Rechts von pflichtwidrigen Testamenten §. 50. u. 51. aus welcher Schrift sie denn auch Herr Köchy in seinen theor. pract. Commentar über die Pandecten 2. Theils 2. Abth. S. 451. folgg. treulich, fast bis auf die nämlichen Worte, aufgenommen hat.

Nachlasses sey [12]). Daß nun aber ausser diesem Falle der Pflichttheil immer nur ein Theil dessen sey, was der Notherbe in der gesetzlichen Erbfolge würde erhalten haben, und derselbe daher immer im Verhältniß zu dem Intestaterbtheile zu berechnen sey, erhellet aus folgenden Gründen.

1) Der Pflichttheil erhielt seine gesetzliche Bestimmung zuerst durch Einführung des Falcidischen Gesetzes, und wird daher nicht nur selbst, auch noch in den neuesten Verordnungen des Krs. Justinian [13]) Falcidia genennt, sondern auch mit der quarta legis falcidiae verglichen [14]). So wie nun nach der Absicht des Falcidischen Gesetzes in dem Falle, da mehrere Erben vorhanden sind, jedem Miterben der vierte Theil der ihm bestimmten Erbportion übrig gelassen werden muß, nach der Regel: *ratio legis falcidiae in singulis heredibus ponenda est* [15]); so wurde nach der Analogie dieses Grundsatzes auch der Pflichttheil der Notherben auf den vierten Theil desjenigen festgesetzt, was jeder derselben zu seinem Antheile würde bekommen haben, wenn der Erblasser ohne Testament verstorben wäre [16]).

12) S. REUTER Diss. de effectu querelae inofficiosi testamenti §. 1. in not.

13) *L. 31. C. de inoff. testam. Nov. XCII. in Praefat.*

14) *L. 8. §. 9. D. de inoff. testam.*

15) §. 1. *I. de Lege Falcid. L. 77. D. eodem. Iac.* VOORDA Commentar. ad Leg. Falcidiam. Cap. V. §. 1. und *Ioach. Bechtold* L. B. *de* BERNSTORFF Diss. de ratione legis falcidiae in singulis heredibus, maxime substitutis, ponenda. *Goettingae 1754.* §. 9.

16) *L. 8. §. 6. et 8. D. h. t. L. 8. pr. Cod. eodem. L. 2. Cod. de inoff. donat.*

2) Justinian nennt in seinen ältern Verordnungen vor der Nov. 18. den Pflichttheil ausdrücklich einen Theil der Intestaterbschaft. Nicht nur §. 3. *I. h. t.* sagt er: Sin vero quantacunque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta: de inofficioso querela quiescente, id, quod eis deest, usque ad *quartam legitimae partis* repleatur; sondern noch deutlicher drückt sich der Kaiser *L.* 31. *Cod. h. t.* aus, wo es heißt: Quae nuper ad testamenta conservanda nec facile retractanda sancivimus, ut *ratione falcidiae* minime *illis personis* derelictae, *quae ad inofficiosi testamenti querelam ex prioribus vocabantur legibus*, non periclitentur testamenta, sed quod deest *legitimae portioni*, id est, *quartae parti* scil. *ab intestato successionis*, tantum repleatur; exceptis illis, quibus nihil in testamento derelictum est, in quibus prisca iura illibata servamus: etiam ad testamenta sine scriptis facienda locum habere sancimus. Eben so sagt er: *L.* 20. *C. de Collationib.* Illud sine ratione a quibusdam in dubietatem deductum, plana sanctione revelamus: ut omnia, quae in *quartam portionem ab intestato successionis* computantur *bis, qui ad actionem de inofficioso testamento vocantur:* etiam si intestatus is decesserit, ad cuius hereditatem veniunt, omnimodo coheredibus suis conferant. Quod tam in aliis, quam in his, quae occasione militiae uni heredum ex defuncti pecuniis acquisitae lucratur is, qui militiam meruit, locum habebit: ut lucrum, quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat, non solum testamento condito *quartae parti ab intestato successionis* computetur, sed etiam ab intestato conferatur. Endlich *Nov. I. cap.* 1. §. 1. heißt es: Si quis autem non implens quod dispositum

tum

tum eſt, ſed dum competat ei qui honoratus eſt, quod relictum eſt, etiam ex decreto iudicis admonitus, annum totum protraxerit, non agens hoc, quod praeceptum eſt, ſi quidem aliquis *illorum* fuerit, *qui neceſſario ex lege quid capiunt*, in plus autem, *quam quod lex ei dare vult*, ſcriptus eſt heres, tantum accipiat ſolum, quantum lex ei dare ſecundum *quartam ab inteſtato partem* concedit, reliquum vero omne auferri. In dieſen Geſetzen iſt nicht blos von dem Pflichttheile der Kinder, ſondern aller Notherben die Rede, *qui ad querelam inofficioſi teſtamenti vocantur*. Es iſt daher keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß der Pflichttheil der Eltern und Geſchwiſter eben ſo, wie die legitima der Kinder, immer nur eine portio portionis ab inteſtato debitae ſey.

3) Durch die Novelle 18. hat Juſtinian nur die ehemalige Gröſſe des Pflichttheils, keinesweges aber die eigentliche Beſchaffenheit deſſelben, nach welcher er nur ein Theil der Inteſtaterbportion iſt, abgeändert. Dies ſagt Juſtinian

a) ſelbſt ganz klar Kap. 2. der Nov. 18. Omnibus aliis legibus, wie es nach Hombergk heißt, quae de querela inofficioſi latae ſunt, et maxime noſtris, in ſuo robore conſervandis, tam liberos ingratos quod attinet, quam eos, qui tales non ſunt: EXCEPTA SOLA QUANTITATE, *quam impraeſentiarum ſecundum ea, quae ante definita ſunt, auximus.* Eben dieſes beweißt

b) der Beweggrund, weswegen Juſtinian den Pflichttheil erhöhet hat. Dieſer war blos Mißfallen an der gar zu groſſen Geringfügigkeit der alten le-

gitima, nicht Mißfallen an der Art, sie zu berechnen. Dieß erhellet nicht nur aus der Präfation der Nov. 18. wo Justinian sagt: Ac saepe alias mirati sumus, cur legitimis et gratis liberis, quibus gratias referunt parentes, definiverint, ut id, quod relinquendum est, (quod etiam debitum vocant) *quadrans* tantum sit [17]), qui necessario relinquatur, reliquum vero a voluntate parentum pendeat: ac cognati quidem et extranei et servi cum libertate omnia accipiant, *liberi vero, et si multi sint, licet etiam parentes non offenderint, pudore suffusi, quadrantem solum dividant, et si decem vel forte plures sint, sicque liberi patris, dum viveret, divitis, pauperes sint;* sondern noch deutlicher ist dieses aus der Nov 39. Kap. 1. zu ersehen, wo Justinian sagt: Hoc solum innovantes, ut si quis in posterum bona sua restitui iubeat, primum filio *legitimam partem*, non *quartam*, (hoc enim *correximus*, NIMIAM EIUS TENUITATEM DAMNANTES) sed *tertiam* omnino servet, vel *dimidiam* pro numero liberorum.

c) Justinian sagt Nov. 18. Kap. 1. der neue Pflichttheil solle an die Stelle der alten Quarte treten, und allen denen zu statten kommen, die im Falle der Ausschliessung ein Testament als lieblos anfechten können. Schon hieraus folgt, daß er eben das, was die alte Quarte gewesen, nämlich ein Theil der Intestaterbportion geblieben sey;

17) Hombergk, dem ich bis dahin gefolgt bin, hat hier: *solus triens sit.* Allein dies ist ganz unrichtig. Im griechischen Text heißt es: μόνον τριέγκιον, d. i. *solum triuncium.* TRIUNCIUM ist aber soviel als *quadrans.*

sey; nach der Regel: *Surrogatum sapit naturam eius, cui surrogatur.* Diesem steht

d) nicht entgegen, wenn Justinian da, wo er von dem Pflichttheile der Kinder redet, sich der Ausdrücke bedient: *tertia propriae substantiae pars, media totius substantiae pars.* Das Wort περιουσία, welches hier der Kaiser gebraucht hat, heißt zwar bey den Griechen soviel als *patrimonium*, oder *bona* [18]); es soll also durch jene Ausdrücke wirklich der ganze Nachlaß des Verstorbenen angedeutet werden. Allein deßwegen läßt sich doch daraus noch keinesweges folgern, daß der Kaiser die ehemalige Natur des Pflichttheils habe abändern wollen. Denn Justinian wollte hier den Pflichttheil für alle Kinder insgesammt bestimmen, daher mußte er bey dessen Berechnung des ganzen Nachlasses gedenken. Daß hier bloß von der collectiven Computation des Pflichttheils für die Kinder insgesammt die Rede sey, erhellet daraus ganz klar, weil der Kaiser gleich nachher befiehlt, daß der Triens oder Semis unter die Kinder gleichmäßig vertheilt werden solle. Er setzt also voraus, daß den Kindern insgesammt der Pflichttheil hinterlassen worden sey, wie man aus den Worten sieht: Sed *quod cuique competit*, per omnia aequale sit tam in qualitate, quam in quantitate, *sive quis illud per modum institutionis*, sive *legati*, sive quod idem est, *fideicommissi nomine relinquat.* Hiernächst verdient bemerkt zu werden, daß zu der Zeit, als Justinian die Nov. 18. promulgirte, die Kinder in

18) S. *Guil. Otton.* REITZII Glossarium Theophilinum, Tomo II. *Paraphrasis Institution. graecae* adject. pag. 1286.

der Intestaterbfolge ihrer Eltern noch keine Concurrenten hatten, die mit ihnen zugleich ab intestato hätten erben können. Erst späterhin wurde durch die Nov. 53. Kap. 6. verordnet, daß der überlebende arme Ehegatte neben den Kindern des verstorbenen reichen Gatten einen Theil aus des letztern Nachlasse als Miterbe bekommen solle. Diese Novelle wurde ein Jahr nach der Nov. 18. (im Jahr Christi 537. [19]) promulgirt. Waren nun also die Kinder zur Zeit der Novelle 18. die alleinigen Intestaterben von der Substanz der Güter ihrer verstorbenen Eltern, so konnte Justinian auch aus diesem Grunde mit Recht den vermehrten Pflichttheil derselben, nach Verschiedenheit ihrer Anzahl, eine *tertiam* oder *mediam totius substantiae partem* nennen. Denn dieser war doch immer nur ein Theil der ihnen damals allein gebührenden Intestaterbschaft [20]). Wie wenig sich aus jenen Ausdrücken schließen läßt, daß Justinian die durch die älteren Gesetze bestimmte Eigenschaft des Pflichttheils habe abändern wollen, erhellet daraus sonnenklar, daß auch schon vor der Novelle 18. der Pflicht-

19) S. *Abr.* WIELING Index Novellar. Iustiniani, adject. EIUS *Iurisprud. Restitutae* pag. 167.

20) Ob auch noch nach der Nov. 53. oder nach der erst im Jahre 541. promulgirten Nov. 117. Kap. 5. der Pflichttheil der Kinder in dem Falle, da sie mit dem hinterbliebenen armen Ehegatten des verstorbenen Ascendenten concurriren, aus dem ganzen Vermögen des letztern, ohne Abzug des dem armen Ehegatten ab intestato gebührenden Antheils, zu berechnen sey, ist eine andere Frage, welche ich in meiner Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate §. 23. verneinend entschieden habe. Ich werde davon noch in der Folge ausführlicher handeln.

Pflichttheil der Kinder überhaupt *quarta bonorum* [21]), ja mit ausdrücklichen Worten *quarta pars totius substantiae* [22]) genennt wird. Wie sehr gut hingegen Justinian gewußt habe, daß wenn die Kinder, denen der Pflichttheil hinterlassen worden ist, die alleinigen Intestaterben ihrer Eltern gewesen seyn würden, es gleichviel sey, ob man sagt, der Pflichttheil sey ein Theil des ganzen Nachlasses, oder ein Theil dessen, was die Kinder *ab intestato* bekommen haben würden, sieht man vollends aus der Novelle 22. Kap. 48. ganz deutlich, wo Justinian in Beziehung auf die Nov. 18. sagt: Nam cum semel PORTIONEM AB INTESTATO, quae omnino *liberis* relinquenda est, *auxerimus*, et quidem, si quatuor liberi sint, *trientem*, si vero plures quam quatuor, *semissem* TOTIUS SUBSTANTIAE omnino *definiverimus*, satis solatii liberis iam dedimus, *non modica accessione antiquam eorum angustiam tollentes.* Dieß kann nun aber keinesweges auf den Fall gezogen werden, da ausser den Personen, denen der Pflichttheil gebührt, noch andere Intestaterben vorhanden sind. Hier kann der Pflichttheil nie anders, als im Verhältniß zur Intestaterbportion desjenigen, der denselben zu fordern hat, berechnet werden. Dieß lehrt endlich

4) auch schon die Natur der Sache selbst. Denn wollte man den Pflichttheil auch in diesem Falle, ohne Rücksicht auf die gesetzliche Erbfolge, immer aus dem ganzen Nachlaß des Verstorbenen berechnen, so würden hier-

21) *L. 6. Cod. h. t.*

22) *L. 4. Cod. de liberis praeterit.*

aus lauter Ungereimtheiten entstehen. Auf solche Art würden bey der Bestimmung des Pflichttheils zuweilen Güter in Anschlag kommen, von denen der Notherbe selbst in dem Falle, wenn der Erblasser ohne Testament verstorben wäre, nichts erhalten haben würde. Man denke sich den Fall, daß mit den Pflichttheilsberechtigten der Ehegatte des Erblassers concurrirt, der seine statutarische Portion verlangt, welchen Fall ich weiter unten ad §. 547. erörtern werde. Ja es würde der im Pflichttheile eingesetzte Notherbe ganz gegen die Absicht des Erblassers zuweilen eben soviel, oder wohl gar noch mehr zu seinem Pflichttheile erhalten, als derselbe zu seinem Antheile ab intestato bekommen haben würde. Was berechtiget uns nun, eine solche offenbare Ungereimtheit in der Justinianeischen Legislation anzunehmen? Man setze z. B. den Fall, der Erblasser hätte von drey Kindern das eine bloß im Pflichttheile instituirt. Der Nachlaß betrüge 6000 fl. Wollte man hier den Pflichttheil des Kindes aus der ganzen väterlichen Verlassenschaft berechnen, ohne auf den Intestaterbtheil des Kindes Rücksicht zu nehmen, so betrüge die legitima 2000 fl. folglich eben soviel, als das Kind ab intestato bekommen haben würde. Hätte nun also der Testator nicht ganz zwecklos gehandelt, daß er das Kind im Pflichttheile eingesetzt hat? Wir wollen ferner annehmen, der Verstorbene hätte drey leibliche Brüder und einen Vater hinterlassen. Letzter wäre bloß im Pflichttheile instituirt. Wir wollen setzen, die ganze Verlassenschaft bestehe in 12000 fl. Hier betrüge der Intestaterbtheil des Vaters 3000 fl. der Pflichttheil hingegen, nach dem Betrage des ganzen Nachlasses berechnet, die Summe von 4000 fl. also mehr, wie der ganze

Inte-

Intestaterbtheil. Ist nun dieses nicht höchst unnatürlich und ungereimt?

Dieser Evidenz ungeachtet fehlt es dennoch nicht an Rechtsgelehrten, welche jene Meinung geradezu für falsch erklären, und sich einbilden, Justinian habe in der Nov. 18. Kap. 1. nicht allein die Summe des Pflichttheils erhöhet, sondern auch ausdrücklich verordnet, daß der Pflichttheil nach der Zahl der Personen, die denselben zu fordern berechtiget sind, ohne Rücksicht auf die Intestaterbfolge, immer die Hälfte oder das Drittel der ganzen Verlassenschaft seyn solle. Ja sie wollen sogar behaupten, daß schon vor Justinian die alte legitima eigentlich in dem vierten Theil des ganzen Nachlasses des Verstorbenen bestanden habe, und nur blos bey den Kindern eine portio portionis ab intestato genennt werde [23]). Allein die Gründe für diese Meinung sind leicht zu widerlegen.

1) Das Hauptargument, dessen sich alle bedienen, besteht darin: der Pflichttheil sey bloß eingeführt, um die Querel über lieblose Testamente auszuschließen. Er gebühre also

23) Unter die Vertheidiger dieser Meinung gehören besonders *Math. Benon.* HERING in Diss. de computanda legitima matris in concursu cum germanis praeteritis. *Rostochii 1746. Henr.* WAGNER in Diatriba, in qua demonstratur, parentum portionem legitimam totius hereditatis trientem esse. *Marburgi 1772.* **Joh. Alb. Colmar von dem Pflichttheil der Aeltern vorzüglich nach nürnbergischen Rechten. Nürnberg** 1785. 8. *Car. Frid.* WALCH Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 1. et 9. und besonders *Lud. God.* MADIHN in Progr. de portione legitima, non portione portionis ab intestato debitae. *Trajecti cis Viadr. 1788.*

also nur denen, welche zur Querel berechtiget sind, und zwar in soweit, als ihnen die Querel zusteht [24]). Wer also nicht klagen könne, könne auch keinen Pflichttheil fordern. So wenig nun Ascendenten mit Descendenten, oder Geschwister mit Ascendenten in der Querel concurriren, so wenig könnte auch eine Concurrenz dieser Personen bey der Bestimmung des Pflichttheils derselben Statt finden.

Allein der Schluß, den man hier macht, ist offenbar falsch. Es sind zwey ganz verschiedene Fragen: wer erhält den Pflichttheil? und wie ist der Pflichttheil derjenigen zu berechnen, welche ihn fordern können? die hier sichtbar mit einander verwechselt werden. Nun hat es zwar seine Richtigkeit, daß Ascendenten keinen Pflichttheil fordern können, wenn Descendenten vorhanden sind, und daß auch den Brüdern kein Pflichttheil gebührt, wenn Ascendenten vorhanden sind, welche ihn fordern können. Allein es folgt nicht, daß diejenigen, welche im vorkommenden Falle selbst den Pflichttheil nicht fordern können, auch deswegen in der Berechnung des Pflichttheils derjenigen Personen, welchen derselbe gebührt, nicht mitgezählt werden dürften; oder daß diejenigen, welche bey der Berechnung des Pflichttheils mitzuzählen sind, auch an demselben Antheil nehmen müßten. Das Gegentheil lehrt Ulpian ganz deutlich, wenn er sagt:

24) Sie berufen sich vorzüglich auf den §. 6. *I. h. t.* wo Justinian sagt: Igitur quartam quis debet habere, *ut de inofficioso agere non possit.* — Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut sive unus fuerit, sive plures, *quibus agere de inofficioso testamento permittitur*, una quarta eis dari possit, *ut ea pro rata eis distribuatur.*

sagt [25]): quod filius exheredatus *partem faciat* in computanda legitima portione alteri filio relicta, und zwar aus dem ausdrücklich beygefügten Grunde: *quoniam quarta debitae* sc. ab intestato *portionis sufficit ad excludendam querelam.* Nun aber heißt die Redensart: *partem facere*, nichts anders, als eine Person, welche in dem vorkommenden Falle den Pflichttheil nicht erhält, bey der Berechnung des Pflichttheils der andern Person mitzählen, weil jene ab intestato mit geerbt haben würde [26]). Daß es an sich gar nicht widersprechend sey, *ut quis partem faciat, qui partem non capit*, beweisen mehrere Gesetzstellen [27]). Man sagt,

2) der Pflichttheil könne darum auf die Intestaterbportion des Notherben keine Beziehung haben, weil die Ordnung in Ansehung des Rechts zur Querel von der Intestaterbfolgeordnung von jeher ganz verschieden gewesen sey. Denn nach der Querelordnung klagten die Ascendenten gleich nach den Descendenten, wenn schon Geschwister vorhanden waren; und doch giengen letztere den Ascendenten ehemals in der gesetzlichen Erbfolgeordnung vor; ja nach der Nov. 118.

25) *L. 8. §. 8. D. h. t.*

26) S. *Henr.* COCCEJI Diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt. *Francof. ad Viadr. 1717.* Sect. II. nr. 30. PARTEM FACERE *dicitur*, sagt Cocceji, *non qui illam capit, sed cuius existentia causa est, ne illa alteri accrescat, nec is plus parte sua habeat.* Man sehe auch meine Diss. de constit. legit. port. parent. quantitate. Sect. II. §. 10. not. 76.

27) *L. 16. pr. D. de legat. I. L. 34. §. 9. L. 84. §. 8. D. eodem. L. 14. §. fin. D. de iure codicillor. L. 1. §. ult. D. de Collation.* Meine Dissert. Sect. III. §. 34. pag. 200. sq.

118. haben Eltern und leibliche Geschwister ein gleiches Intestaterbrecht, und doch kommt letzteren die Querel nur dann zu, wenn ihnen eine ehrlose Person ist vorgezogen worden. Beweis genug, daß auch bey der Bestimmung des Pflichttheils der Eltern auf sie keine Rücksicht zu nehmen sey. — Allein auch dieser Grund ist nicht entscheidend. Man kann zugeben, daß die Ordnung in Ansehung des Rechts zur Querel mit der Intestaterbfolgeordnung nicht vollkommen harmonire, wovon ich oben ausführlicher gehandelt habe; es war aber doch von jeher Grundsatz, daß nur Intestaterben allein zur Querel berechtiget sind. Dieß lehrt der Grund der Gesetzgebung über die Querel. Denn man wollte den gesetzlichen Erben ihr Erbrecht gegen lieblose Schmälerung desselben sicher stellen. Noch mehr überzeugt uns hiervon die bekannte Erdichtung des Wahnsinns (*color insaniae*), welche man ursprünglich zur Begründung der Querel annahm. Denn wie konnte man es für Wahnsinn halten, wenn man eine solche Person im Testamente nicht bedacht hatte, der ohnedem kein Erbrecht zustand [28])? Es harmonirt daher vollkommen damit, wenn Ulpian [29]) sagt, daß es zur Ausschließung der Querel genüge, wenn man dem-

28) **Mabihn in der angef. Schrift §. 2. sagt zwar:** *Ad querelam etiam admittebantur, qui nullo plane iure succedendi gaudebant, modo de testatore se bene meritos probarent.* **Allein dies ist ganz unerweislich, wie schon längst** SEGER in Diss. Observationes iuris civilis cont. *Lipsiae 1768.* Obs. II. **gegen Heineccius, und neuerlich** SCHRADER in Commentat. de nexu successionis ab int. et querelae inoff. testam. Cap. I. §. 7. **gegen Böhmer und** *van de* WATER **überzeugend dargethan haben.**

29) *L. 8. §. 6. et 8. D. h. t.*

demſenigen, welcher ſie anſtellen könnte, den vierten Theil desjenigen hinterlaſſe, *quod ad eum eſſet perventurum, ſi inteſtatus paterfamilias deceſſiſſet*; alsdann könne man ſicher teſtiren. Dagegen wendet man nun zwar

3) ein, daß diejenigen Geſetze, in welchen der Pflichtheil eine *pars debitae ab inteſtato portionis* genennet wird, bloß von dem Pflichttheile der Kinder redeten, bey denen es freylich gleichviel ſey, ob man den Pflichttheil einen Theil des ganzen Nachlaſſes, oder einen Theil der Inteſtaterbportion nenne; allein davon laſſe ſich auf den Pflichtheil anderer Notherben um ſo weniger ein gültiger Schluß machen, da der Fall bey Kindern nur zufälliger Weiſe jene Anſicht erhalte. Daß in andern Fällen auf die Inteſtaterbportion keine Rückſicht zu nehmen ſey, erhelle daraus, weil auch die *quarta falcidia*, nach deren Analogie der Pflichttheil ſeine erſte geſetzliche Beſtimmung erhalten, *quarta pars omnium bonorum* ſey. So wie nun alſo der Teſtator dem eingeſetzten Erben den vierten Theil der Erbſchaft unbeſchwert hinterlaſſen muß, ſo müſſe auf gleiche Art dem Notherben der vierte Theil der ganzen Erbſchaft hinterlaſſen werden.

Dieſer Grund verdient faſt keine Wiederlegung. Die Beantwortung deſſelben liegt wirklich ſchon in den oben vorgetragenen Gründen der entgegengeſetzten Meinung. Es iſt ganz falſch, daß die Geſetze, in welchen die legitima eine *pars portionis ab inteſtato debitae* genennt wird, blos von Kindern reden. Man vergleiche doch die *L.* 31. *C. h. t. L.* 20. *pr. Cod. de Collat. Nov. I. Cap.* 1. §. 1. und man wird ſich ſogleich vom Gegentheil überzeugen. Eben ſo unrichtig iſt, daß es bey Kindern in jedem Betracht gleichviel

viel sey, ob man die ihnen gebührende Legitima einen Theil des ganzen elterlichen Nachlasses, oder einen Theil ihrer Intestaterbportion nennt. Dieß ist nur dann gleichgültig, wenn die Kinder die alleinigen Intestaterben von der ganzen Verlassenschaft ihres verstorbenen Parens gewesen seyn würden, und überdem sämmtliche Kinder auf den Pflichttheil zu Erben eingesetzt worden sind, wie schon oben gezeigt worden ist. Endlich soviel das von der quarta falcidia hergenommene Argument anbetrift, so paßt dieses bloß auf den Fall, wenn nur ein Erbe vorhanden ist. Hier ist freylich die Falcidie der vierte Theil der ganzen Erbschaft. Allein sind mehrere Miterben vorhanden, so muß jeder derselben den vierten Theil seines Erbtheils übrig haben, nach der Regel: *ratio legis falcidiae in singulis heredibus ponenda est*; und nach dieser Analogie mußte also auch jedem Notherben der vierte Theil seiner Intestaterbportion hinterlassen werden, wenn die Inofficiosităts klage wegfallen sollte. Hieraus entsteht also vielmehr ein Hauptargument für unsere Meinung, welches auch schon oben benutzt worden ist. Allein gesetzt, fahren unsere Gegner

4) fort, man wollte zugeben, wogegen sie sich jedoch durch Protestation feyerlich verwahren, der Pflichttheil sey nicht bloß bey Kindern, sondern auch bey den Ascendenten und Geschwistern immer nur ein Theil der Intestaterbportion, so würde doch auf jeden Fall der Antheil des bey der Berechnung des Pflichttheils mitzuzählenden Intestaterben den Pflichttheilsberechtigten accrescciren! Denn daß das ius accrescendi auch bey der Legitima Statt finde, sage Paulus ausdrücklich *L.* 23. §. *ult. D. h. t.* Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit non agere, *pars*

eius

eius alteri adcrescit, idemque erit, ſi tempore excluſus ſit. Man beruft ſich ferner auf *L. un. C. Quando non petent. port. petent. adcresc.* [30]).

Allein

30) Vielleicht möchte mancher meiner Leſer daran zweifeln, ob je ein ſolches Argument gebraucht worden ſey, denn ich ſelbſt ward anfangs mißtrauiſch gegen meine Augen. Ich muß alſo zu meiner Rechtfertigung die hierher gehörige Stelle aus dem oben angeführten Madihnſchen Programm §. IV. ſelbſt herſetzen: *Sed demus aliquando, quod concedere tamen nunquam poſſumus volumusque, portionem legitimam ſemper et non ſolum in liberis, ſed etiam in aſcendentibus et fratribus eſſe portionem portionis ab inteſtato debitae, adeoque in hoc caſu et fratres eſſe connumerandos, tamen omnino in eo caſu, ſi fratres in teſtamento praeteriti ſunt, eamque ob cauſam ex hereditate nihil capere poſſunt*, EORUM QUOQUE PARS LEGITIMAE PORTIONIS PARENTIBUS ACCRESCERE DEBERET! *Namque ſi legitima eſt portio portionis ab inteſtato debitae, tota quoque ex ſtatu ſucceſſionis aeſtimanda erit*, i. e. *triens aut ſemiſſis pro numero perſonarum ab inteſtato ſuccedentium. Eſſet igitur triens aut ſemiſſis inter hos beredes ab inteſtato concurrentes dividenda, ſed ex ſuppoſito fratres neque ex teſtamento, quoniam rite praeteriti ſunt, neque propter querelam inofficioſi, quia hanc in caſu non praelatae perſonae turpis non habent, quidquam ex hereditate, adeoque nec ex legitima capere et exigere poſſunt*, ADEOQUE EA PARS LEGITIMAE, QUAE IN COLLATERALES CADERET, ACCRESCERE DEBERET PARENTIBUS *eadem ratione, ac iuſte exheredati filii et ſecundum communem opinionem exheredati fratris portio reliquis accreſcit*, QUONIAM IUS ACCRESCENDI AUT POTIUS IUS NON DECRESCENDI SEMPER IN LEGITIMA PORTIONE OBTINUIT. *Quonam vero iure reliquorum concurrentium pars apud heredem reſidere deberet, equidem ego non video!!*

Allein das ius accrescendi findet ja nur inter coheredes coniunctos Statt, die zu einer und derselben Erbschaft entweder durch das Gesetz oder durch den Willen des Erblassers berufen sind. Nun aber läßt sich doch wohl unmöglich eine Conjunction zwischen dem im Pflichttheile eingesetzten Notherben und demjenigen annehmen, der mit demselben ab intestato geerbt haben würde. So etwas zu behaupten, ist auch gewiß dem guten Paulus, auf dessen Auctorität man sich beruft, nie eingefallen. Er sagt es ja deutlich genug, daß er bloß von der Querel rede. Hier findet das ius accrescendi freylich Statt, weil die Intestaterbfolge eintritt, wenn das Testament durch die Querel rescindirt wird [31]). Allein mit dem Pflichttheile verhält sich die Sache ganz anders. Bey dessen Berechnung kann der Natur der Sache nach kein ius accrescendi Statt finden, weil das Gesetz dem Notherben seinen bestimmten Theil von der Erbschaft angewiesen hat, mehr kann er also mit vollkommenen Recht nicht verlangen [32]). Daher sagt auch Ulpian ausdrücklich: *exheredatum partem facere* [33]). Deutlicher hätte er das ius accrescendi bey der Berechnung des Pflichttheils gar nicht ausschließen können.

31) *Luc. van de* POLL de exheredatione et praeteritione cap. 78. *Henr.* COCCEJI Diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt. Sect. III. nr. 5. seqq. *Ern. Christ.* WESTPHAL Disp. de iure accrescendi inter coheredes, interdum iure non decrescendi, interdum secus. *Halae 1761.* Cap. VII. §. 29.

32) Vortreflich setzt *Ger.* NOODT in Commentar. ad Pandect. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 170. den Unterschied auseinander, warum bey der Querel und nicht bey der Berechnung des Pflichttheils das ius accrescendi Statt finde.

33) *L. 8. §. 8. D. h. t.*

nen [34]). Eine andere Frage ist, ob unter den auf den Pflichttheil eingesetzten Notherben ein ius accrescendi Statt findet, wenn einer von denselben vor der Antretung der Erbschaft stirbt, oder seinen Antheil ausschlägt? diese Frage wird von verschiedenen Rechtsgelehrten bejahet [35]). Davon ein Mehreres hernach. Endlich

5) soll sogar eine Ungereimtheit aus der gemeinen Meinung folgen! Wie so? Sie soll darin bestehen. Nach unserer Meinung würde die Mutter, wenn ausser derselben vollbürtiger Geschwister Kinder vorhanden wären, bloß den dritten Theil ihrer Intestaterbportion zum Pflichttheil erhalten, da doch die Geschwister Kinder keine Notherben sind. Wenn hingegen Halbgeschwister vom Vater her coexistirten, so würde die Mutter das Drittel der ganzen Verlassenschaft erhalten, da doch die fratres consanguinei gewissermassen Notherben sind.

Ich muß gestehen, daß ich hierin auch nicht die mindeste Inconsequenz finde. Denn fratres consanguinei sind ja, wenn Eltern vorhanden sind, so wenig Notherben, als die Geschwister Kinder. Dahingegen kenne ich keine grössere Ungereimtheit, als jene, welche aus der entgegengesetzten Meinung folgt, nämlich daß nach derselben der im

34) S. *Franc.* DUARENUS de iure accrescendi. Lib. I. cap. 14. (in EIUS *Operib. Francof. 1592.* edit. pag. 1085.) COCCEJI Diss. cit. Sect. II. nr. 19. sqq. *Sam. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 18. Tom. I. pag. 458. WESTPHAL cit. Diss. Cap. IV. §. 22. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1713. not. d. pag. 897.

35) S. SCHAUMBURG Comp. iur. Digest. h. t. §. 5. und *Frid. Christ.* SCHANTZ Diss. de iure accrescendi ab intestato et ex testamento. *Marburgi 1743.* Cap. II. §. 120.

Pflichttheile eingesetzte Notherbe ganz wider die Absicht des Erblassers zuweilen eben so viel, oder wohl gar noch mehr, zu seiner Legitima erhalten würde, als derselbe zu seinem Antheile ab intestato bekommen hätte; wie schon oben näher gezeigt worden ist. Man sagt zwar, „daß sey Ausnahme von der Regel, und der Gesetzgeber könne unmöglich auf das, was selten geschieht, Rücksicht nehmen, sondern er müsse Billigkeit und Recht in Obacht nehmen“ [36]). Allein was berechtigt uns denn, auch nur ausnahmsweise eine Ungereimtheit zu statuiren?

IV. Kann auch der Pflichttheil der Eltern bis auf die Hälfte steigen, oder ist er immer nur ein Drittel der Erbschaft, die ihnen ab intestato zugefallen seyn würde? Diese Frage ist unter den Rechtsgelehrten nicht minder streitig, wie ich in meiner mehrmals angeführten Dissertation gezeigt habe. Es lassen sich hier folgende Fälle gedenken.

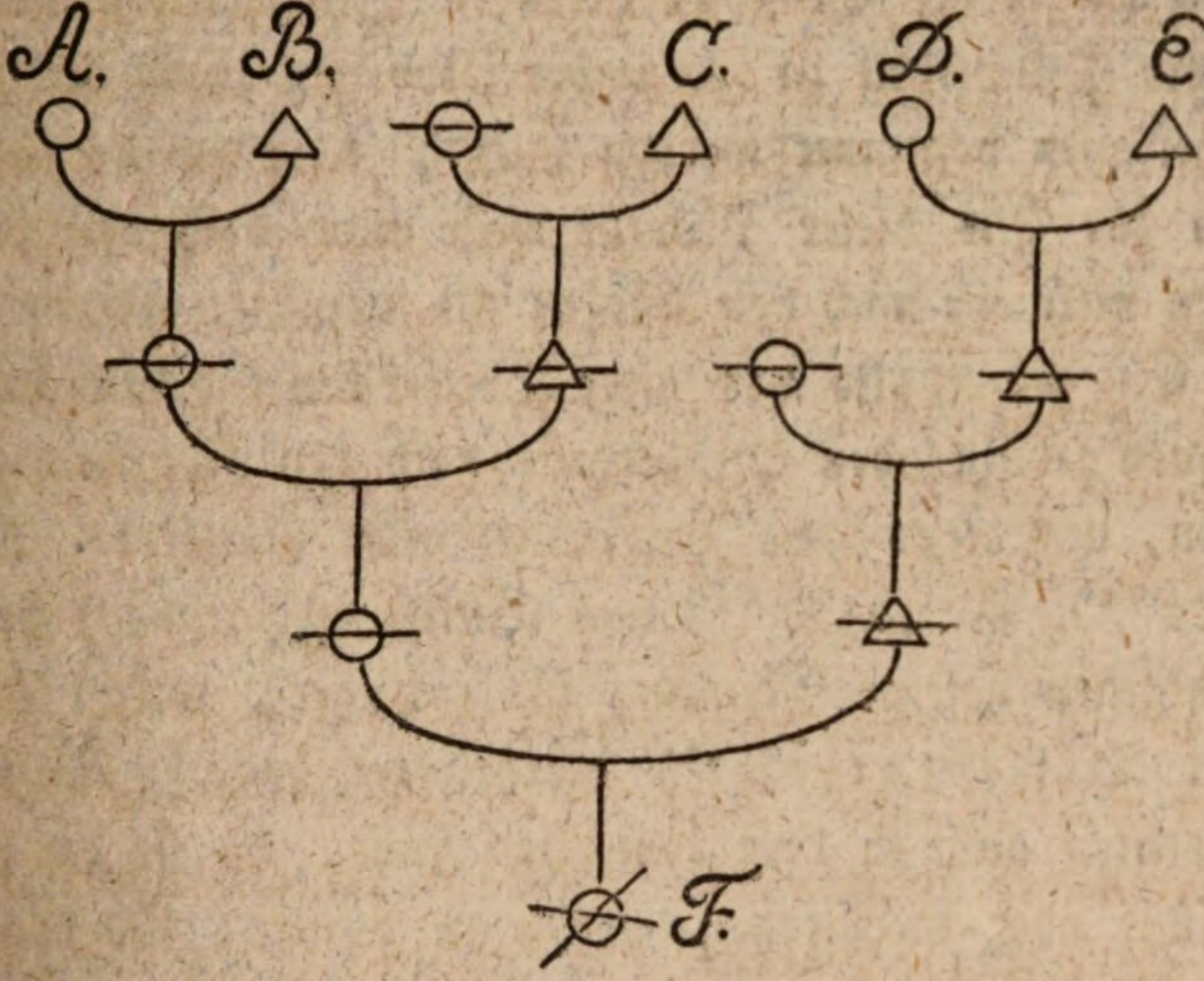
A. Die Eltern wären die alleinigen Intestaterben gewesen. Hier ist

1) so viel gewiß, daß wenn bloß Ascendenten des ersten oder zweyten Grades vorhanden sind, der Pflichttheil nur ein Drittel der Erbschaft seyn könne, die ihnen ab intestato zugefallen seyn würde; weil hier die Anzahl der Personen nie über vier steigen kann. Hierüber ist man einverstanden. Allein wie wenn

2) Ascen-

36) Man sehe Colmar von dem Pflichttheile der Aeltern. §. 36.

2) Ascendenten des dritten Grades concurriren, und mehr als vier Personen vorhanden sind? Z. B.



die verstorbene F. hat fünf Urgroßeltern hinterlassen. Von Seiten des väterlichen Großvaters beyde Urgroßeltern A. B. von Seiten der väterlichen Großmutter eine Urgroßmutter C. und von Seiten der mütterlichen Großmutter beyde Urgroßeltern D. E. Ein freylich seltner aber doch nicht unmöglicher Fall. Hier ist es sehr streitig, ob der Pflichttheil dieser Ascendenten nach den Köpfen oder nach den Linien zu berechnen sey? Das erstere behaupten Bardili[37]), Westenberg[38]), Madihn[39]) und Hofacker[40]),

37) Disp. de condictione ex lege ad supplementum legitimae. *Tubingae 1659.* §. 33.

38) Diss. III. de portione legitima. Cap. III. §. 19. et 20.

39) Princip. iur. Rom. de successionibus §. 145. pag. 176. seq.

40) Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1714. nr. II. pag. 897. seq.

welche der Meinung sind, daß der Pflichttheil in dem angegebenen Falle nach der Zahl der hier vorkommenden Personen die Hälfte der Erbschaft betrage. Ihr Hauptgrund ist, weil der Pflichttheil zu Folge der Nov. 18. nach der Zahl der Personen bestimmt werden müsse; überdem die Ascendenten zur Zeit dieser Novelle noch nicht nach den Linien sondern vielmehr nach den Köpfen ab intestato geerbt hätten. Sie wären also auch ohne Zweifel bey der Berechnung des ihnen gebührenden Pflichttheils nach den Köpfen gezählt worden, und dieses habe Justinian nicht geändert. Allein Greve[41]), Haubold[42]) und Emminghaus[43]) halten die entgegen gesetzte Meinung für richtiger, welche ich in meiner Dissertation[44]) vertheidiget habe. Daß die Ascendenten auch in dem bemerkten Falle, da sie die Zahl von fünf oder mehreren Personen ausmachen, sich dennoch mit dem Drittel der Intestaterbschaft begnügen müssen, erhellet daraus ganz klar, weil hier nach der Novelle 118. Kap. 2. eine successio in lineas Statt findet, wenn der Erblaßer ohne Testament verstorben wäre. Die Erbschaft wäre nämlich, ohne auf die Zahl der Personen Rücksicht zu nehmen, in zwey gleiche Hälften getheilt worden, wovon die eine an die väterliche, die andere an die

41) Exercitationes ad Pandectar. loca difficiliora. Exercit. VII. §. 19. pag. 184.

42) Ad *Bergeri* Oeconom. iuris. Tom. I. pag. 398. not. a.

43) Ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 28. not. t. Tom. I. pag. 471.

44) De constituenda legitimae port. parentum quantitate. Sect. II. §. 18. pag. 141. seqq.

die mütterliche Linie gefallen seyn würde[45]). Nun ist der Pflichttheil ein Theil der Intestaterbportion, wie in den Vorhergehenden hinlänglich erwiesen worden ist. Es muß folglich auch bey dessen richtiger Bestimmung diejenige Art der Erbfolge zum Grunde gelegt werden, welche ab intestato eingetreten seyn würde. Daß die Successio in lineas zur Zeit der Nov. 18. noch nicht Statt hatte, sondern erst späterhin ist eingeführt worden, thut gar nichts zur Sache, genug daß Justinian die Natur des Pflichttheils durch die Nov. 18. nicht hat abändern wollen, wie ich oben ausführlicher dargethan habe. Es versteht sich auch von selbst, daß der Triens unter die Groß- und Urgroßeltern auch nach den Linien zu vertheilen sey.

B. Es sind außer den Ascendenten noch leibliche Geschwister des Erblaßers vorhanden, welche ab intestato mit jenen auf gleiche Weise geerbt haben würden. Kann hier der Pflichttheil der Eltern auf die Hälfte steigen, wenn z. B. die Geschwister mit den Ascendenten eine Zahl von fünf oder mehr Personen ausmachen sollten? Es giebt über diese Frage vier verschiedene Meinungen. Einige[46]) ent-

45) Meine syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 118. Nr. 4. S. 363. ff.

46) *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. *Sed apparet.* T. II. *Oper.* pag. 173. LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pandect. h. t. §. 43. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. X. Th. 13. MÜLLER ad *Eundem* not. γ. WESTENBERG Diss. III. de portione legitima. Cap. III. §. 19. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 28. in fin. pag. 471. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. u. *Io. Christ.* CLAPROTH Diss. de computo legitimae secundum personas. *Goett. 1739.* §. 24. Rößlin Gedanken von richtiger Berechnung

entscheiden dieselbe schlechthin bejahend; andere [47]) hingegen verneinen sie durchaus, und glauben, daß der Pflichttheil der Eltern, ohne auf die Zahl der Geschwister Rücksicht zu nehmen, immer nur den dritten Theil der Erbschaft betrage. Noch andere [48]) nehmen zum Grundsatz an, daß zwar in der Berechnung des Pflichttheils die Personen, nach deren Anzahl die Theile der gesetzlichen Erbfolge zu bestimmen sind, mitgezählt werden müßten, wenn sie gleich selbst den Pflichttheil nicht fordern können; aber unrichtig sey es, eben dieses auch bey der Bestimmung des Pflichttheils überhaupt, ob er nämlich $\frac{1}{3}$ oder die Hälfte seyn soll, in Anwendung zu bringen. Dies hänge blos von der Zahl der Personen ab, denen der Pflichttheil gebührt. Hiernach seyen also zwar bey der Berechnung des Pflichttheils der Eltern die Geschwister mitzuzählen, um den Intestaterbtheil der Eltern auszumitteln, allein die Con-

nung des Pflichttheils. 2. Stück. Stuttgard 1773. 4. §. 14. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1714. nr. III. pag. 898. *Lud. Henr.* LILIEN Specim. de legitima §. 6. pag. 19. sqq.

47) *Henr.* WAGNER Diatr. in qua demonstratur, parentum portionem legitimam totius hereditatis trientem esse. *Marb.* 1772. Colmar von dem Pflichttheil der Aeltern. Nürnberg 1785. 8 MADIHN Princip. iur. Rom. de Successionib. §. 145. in fin. pag. 177. WALCH Introduct. in controvers. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. 2. §. 9.

48) *Ant.* FABER de erroribus Pragmaticor. et Interpret. iuris. Decad. XV. Err. 4. *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. Cap. LXIV. §. 12. et 13. et Cap. LXV. §. 4. MANZ Tr. de legitima Quaest. VI. nr. 6. sqq. et Qu. IX. und Weber in der neuen Ausgabe des Höpfnerschen Commentars über die Heinecc. Institutionen §. 473. Not. 8. S. 517.

Concurrenz der Geschwister könne nie bewirken, daß die legitima der Eltern bis auf die Hälfte des Intestaterbtheils steige. Wenn also z. B. Jemand mit Hinterlassung eines Vaters und vier Brüder verstirbt, so könne der väterliche Pflichttheil nicht die Hälfte, weil den Brüdern kein Pflichttheil zukommt, sondern nur ein Drittel der Intestaterbportion betragen. Endlich giebt es Rechtsgelehrte [49]), welche einen Unterschied machen, ob die Geschwister neben den Eltern zu Erben eingesetzt, oder mit Uebergehung derselben den Eltern blos der Pflichttheil hinterlassen worden ist. In dem ersten Falle seyen die Geschwister bey der Bestimmung des Pflichttheils der Eltern mitzuzählen, und derselbe betrage daher nach der Zahl sämmtlicher Intestaterben, entweder ein Drittel oder die Hälfte des Intestaterbtheils. In dem letztern Falle komme es darauf an, ob eine honette oder eine schimpfliche Person zum Erben mit eingesetzt worden sey, im ersten Falle betrage der Pflichttheil der Eltern ohne Rücksicht auf die Geschwister immer das Drittel der ganzen Erbschaft, im letztern hingegen seyen die Geschwister mitzuzählen.

Ich habe alle diese Meinungen in meiner Dissertation geprüft, und der erstern den Vorzug gegeben. Denn ist der Pflichttheil, wie gar nicht zu bezweifeln, ein Theil der In-

49) CUJACIUS in Exposit. Novellar. ad Nov. 18. STRYK de cautelis testamentorum. Cap. XVII. Membr. I. §. 24. VOET Comment. ad Pandect. h. t. §. 47. MERLINUS de legitima Lib. I. Tit. 4. Qu. 3. BERLICH Conclusion. practicab. P. III. Concluſ. XII. nr. 51. und HERING Diss. de computanda legitima matris in concursu cum germanis praeteritis. *Rostochii 1746.* Sect. II.

testaterbportion, so müssen nothwendig bey dessen richtigen Bestimmung alle diejenigen mitgezählt werden, die auf den Fall der Intestaterbfolge Miterben gewesen wären, ob sie gleich für ihre Person keinen Pflichttheil zu fordern berechtiget sind. Nun erben die vollbürtigen Geschwister zugleich mit den Eltern ab intestato, sie müssen also auch nothwendig bey der Bestimmung des Pflichttheils der Ascendenten mitgezählet werden, wenn die Berechnung richtig angestellt werden soll. Es ist höchst seltsam, wenn nach der dritten Meinung behauptet werden will, als wenn zwar die Geschwister bey der Bestimmung des Intestaterbtheils der Eltern, aber nicht bey der Bestimmung des Pflichttheils selbst mitzuzählen wären, mithin der Pflichttheil derselben immer nur das Drittel der Intestaterbportion betrage, wenn gleich fünf und mehrere Intestaterben concurriren sollten. Wie dies dem Geiste der Nov. 18. entsprechen soll, ist mir unerklärbar. Justinian erhöhet darin den Pflichttheil nach der Zahl der Personen, die bey dessen Bestimmung concurriren, von $\frac{1}{4}$ auf $\frac{1}{2}$ oder die Hälfte des Intestaterbtheils, damit, wenn der Personen viel sind, derselbe nicht gar zu klein ausfalle. Diese Vermehrung ist nicht bloß zu Gunsten der Kinder, sondern auch nach der ausdrücklichen Verordnung des Kaisers zum Besten der übrigen Notherben gemacht worden. Es muß folglich auch der Pflichttheil der Ascendenten nach der Zahl der Intestaterben entweder ein Drittel oder die Hälfte desjenigen betragen, was sie ab intestato geerbt haben würden. Wollte man nun die mit den Eltern ab intestato concurrirenden Geschwister bloß als partem facientes mitzählen, d. i. um nach der Anzahl derselben zu bestimmen, wie viel der Intestaterbtheil der Eltern beträgt, also die-

selben

selben bloß *ad minuendam parentum legitimam* mitzählen; auf deren Anzahl hingegen keine Rücksicht nehmen, wenn es darauf ankommt, ob der Pflichttheil der Eltern die Hälfte oder nur ein Drittel sey, oder, wie man es sonst auszudrücken pflegt, die Geschwister nicht auch als *numerum facientes*, also ad augendam portionem parentum legitimam, mitzählen; so würde daraus nicht nur eine offenbare Inconsequenz, sondern auch die größte Ungerechtigkeit entstehen, welche der Absicht des Gesetzgebers um so mehr entgegenstreitet, je kleiner der Pflichttheil ausfallen würde, wenn z. B. ein solcher Fall, der in den Beyträgen zur juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten [50]) erzählt wird, da nämlich Jemand mit Hinterlassung seiner beyden Eltern, welche er im Pflichttheile instituirt hatte, und acht leiblicher Geschwister verstarb, öfters vorkommen sollte. Der Grund, den man anführt, warum man die Geschwister bey der Bestimmung des Pflichttheils der Eltern nicht als numerum facientes mitgezählt wissen will, nämlich, weil den Brüdern kein Pflichttheil zukommt, will gar nichts sagen. Denn sollte der Grund wirklich gelten, so dürften ja auch die Geschwister nicht als partem facientes mitgezählt werden. Sodann ist es aber auch eine ganz falsche Voraussetzung, wenn man behauptet, daß bey der Bestimmung des

50) Achte Sammlung. (Dessau 1785. 8.) S. 16. Nr. III. Mit Recht erkannte das Kammergericht zu Berlin in dem bemerkten Falle beyden Eltern zusammen den zehnten, oder jedem derselben den zwanzigsten Theil des vom Erblasser nachgelassenen eigenen Vermögens, als die Hälfte ihres Intestaterbtheils, zum Pflichttheile zu.

des Pflichttheils niemand mitgezählt werden dürfte, als dem der Pflichttheil wirklich zukommt. Wäre dies, so müßte auch Ulpian [51]) Unrecht haben, wenn er sagt: exheredatum *facere partem* in constituenda legitimae quantitate, quamvis non capiat partem. Mit Recht sagt daher Anton Faber [52]): Nec quod fratribus legitima nulla debetur, ad rem facit, *quoniam in ponenda legitimae ratione, non qui in legitimae petitione concurrant nec ne, inspiciendum est, sed quis in successione intestati concursurus esset, si ab intestato succederetur.* Proinde qui ad partem hereditatis legitimae admitterentur, haud dubie faciunt partem in computatione legitimae, licet ad nullam legitimae partem admittantur.

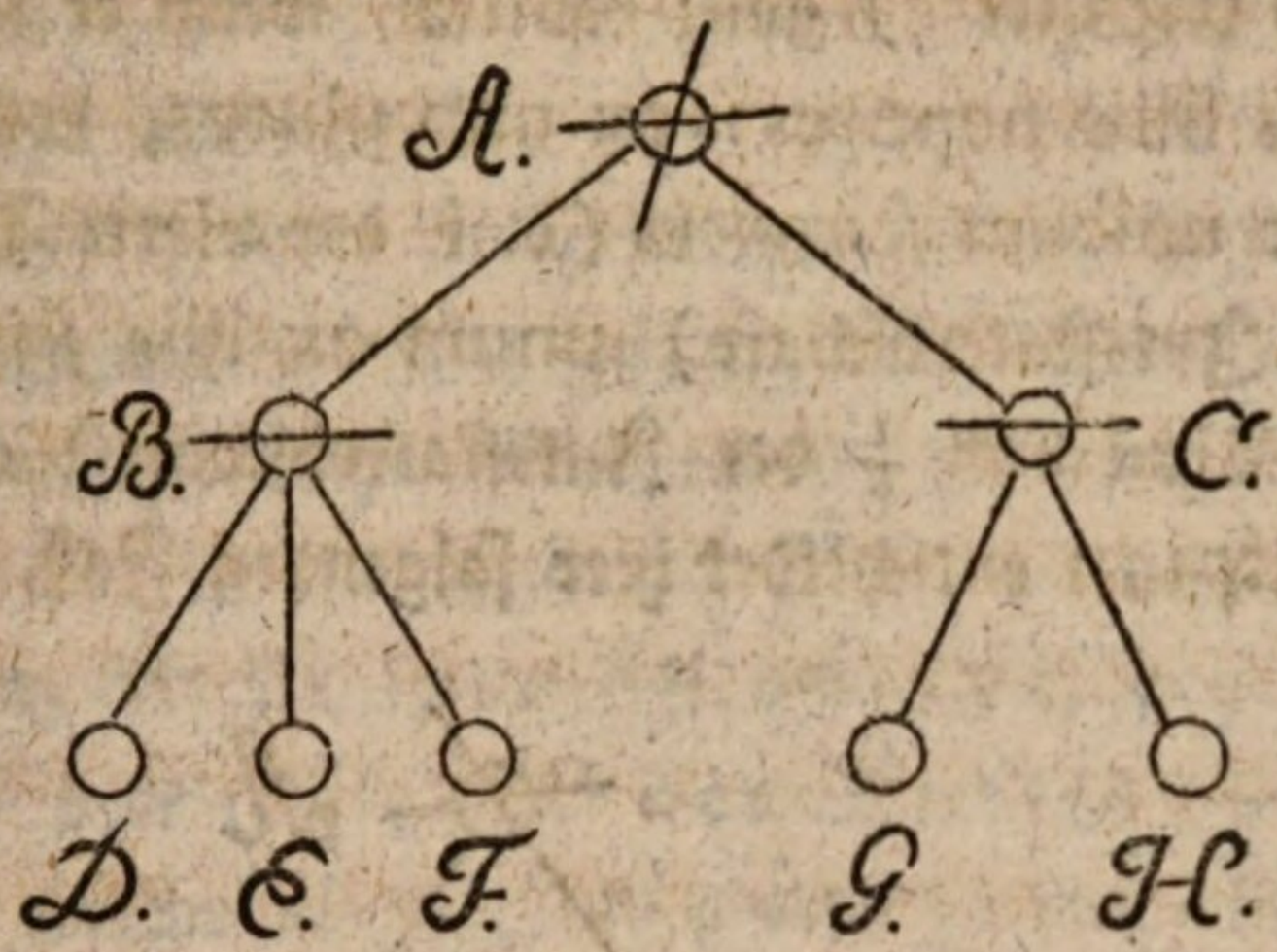
V. Ist der Pflichttheil der Enkel nach den Köpfen oder nach den Stämmen zu berechnen? Hier ist

1) soviel gewiß, daß wenn lauter Enkel von verschiedenen Kindern vorhanden sind, oder Enkel mit ihren Onkeln oder Tanten concurriren, sowohl bey der Bestimmung des ihnen gebührenden Pflichttheils als bey der Vertheilung desselben eben so, wie bey der Intestaterbfolge der Enkel, auf das Verhältniß der Stämme Rücksicht zu nehmen sey. Man nehme also z. B. den Fall an:

der

51) *L. 8. §. 8. D. h. t.*

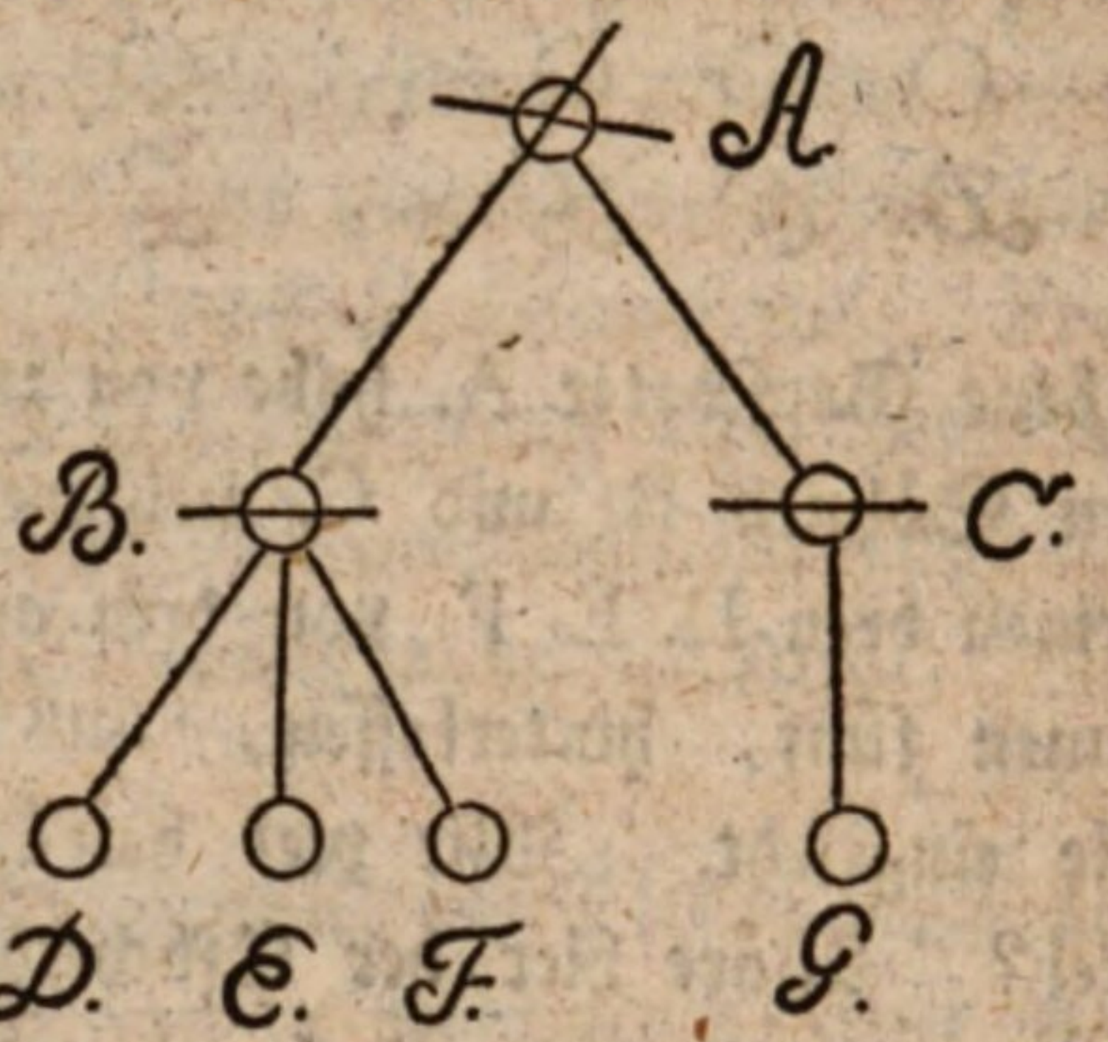
52) Error. Pragmaticor. Dec. XV. Err. 4. pag. 359. (Edit. *Lugd.* de a. 1605. 8.)



der verſtorbene Großvater A. habe von zwey ſchon vor ihm verſtorbenen Söhnen B. und C. mehrere Enkel, nämlich von dem einen drey D. E. F. von dem andern zwey G. H. alſo zuſammen fünf, hinterlaſſen, und dieſelben bloß im Pflichttheile eingeſetzt. Wie viel beträgt der Pflichttheil dieſer Enkel? Wäre hier der Pflichttheil nach der Zahl der Perſonen zu beſtimmen, ſo betrüge derſelbe die Hälfte der Erbſchaft. Allein da der Pflichttheil nur ein Theil der Inteſtaterbportion iſt, ſo muß er nach den Stämmen berechnet werden, weil die Enkel auch ab inteſtato *in ſtirpes* ſuccediren [53]). Der Pflichttheil für alle fünf Enkel iſt alſo nur das Drittel, ſoviel derſelbe betragen haben würde, wenn ihre beyden Väter noch am Leben, und dieſe ſelbſt im Pflichttheile eingeſetzt worden wären. Dieſer Triens iſt nun aber auch unter die fünf Enkel wieder nach den Stämmen zu vertheilen. Daher werden die drey Enkel des Sohns B. die Hälfte, die zwey Enkel des Sohns C. aber die andere Hälfte davon erhalten. Eben dieſes beſtätigt

53) Meine ſyſtemat. Erörterung der Lehre von der Inteſtaterbfolge §. 99. S. 289.

stätigt auch Ulpian [54]) ganz deutlich, wenn er sagt: Si sint ex duobus filiis nepotes: ex uno plures, tres puta, ex uno unus: unicum *sescuncia* (d. i. der vierte Theil von der Hälfte der Intestaterbschaft) unum ex illis *semuncia* (d. i. der vierte Theil von $\frac{1}{8}$ der Intestaterbschaft) querela excludit. Ulpian entscheidet hier folgenden Fall.



Wenn A. ab intestato gestorben wäre, so hätte der hinterlassene einzige Enkel G. des Sohns C. die Hälfte, die drey Enkel D. E. F. des andern Sohns B. hingegen hätten zusammen die andere Hälfte der Erbschaft erhalten, so wie es den Regeln der Successionis nepotum in stirpes gemäß ist. Nun hatte der Großvater diese Enkel bloß im Pflichttheile instituirt. Dieser war also ebenfalls nach den Stämmen zu berechnen. Er betrug folglich nach dem Rechte des Ulpianischen Zeitalters bey dem Enkel G. des Sohns C. den vierten Theil von der Hälfte der Intestaterbschaft (sescuncia), hingegen bey jedem der drey Enkel des andern Sohns B. das Viertel von dem einem jeden derselben ab intestato gebührenden sextans (*semuncia*). Nimmt man also an, die

54) *L. 8. §. 8. D. h. t.*

die Erbschaft habe aus 12000 Solidis bestanden, so bekam der Enkel des Sohns C. 1500. und jeder Enkel des andern Sohns B. 500 Solidos zu seinem Pflichttheil [55]). Diese Berechnung und Vertheilung des Pflichttheils bey Enkeln von verschiedenen Kindern nach den Stämmen hat Justinian in der Nov. 18. Kap. 1. nicht abgeändert, sondern wenn der Kaiser daselbst verordnet, daß der Pflichttheil nach der Anzahl der Kinder des ersten Grades, welche *ab intestato* geerbt hätten, bestimmt und vertheilt werden soll, so muß dieß als Grundsatz auch bey der Bestimmung und Vertheilung des Pflichtheils der von ihnen abstammenden Enkel gelten. Derselbe ist daher nach der Absicht des Gesetzes nicht nach der Anzahl ihrer Personen, sondern vielmehr nach der Zahl der Söhne und Töchter des Erblaßers, von denen die Enkel abstammen, zu berechnen, und eben so auch nach den Stämmen zu vertheilen. Hierin stimmen auch, so viel ich weiß, die theoretischen und praktischen Rechtsgelehrten mit einander überein [56]). Allein streitig ist es,

2) wie

55) Man sehe über die L. 8. cit. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 18. pag. 458. Westphals System des R. R. von Testamenten §. 395. a. und meine Differt. Sect. II. §. 14.

56) *Franc.* BALDUINUS in Commentar. ad Nov. XVIII. (in *Iurisprud. Rom. et Attica* Tom. I. pag. 1215.) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 48. *Pet.* GUDELINUS Commentar. de iure novissimo. Lib. II. cap. 7. pag. 69. *Io. Ortw.* WESTENBERG Diss. III. de portione legitima. Cap. III. §. 3. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 16. Not. 4. *Fratr.* BECMANNI in Consil. et Decision. P. II. Consil. XLVII. nr. 9. pag. 34. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1713.

2) wie in dem Falle, wenn nur allein mehrere Enkel von einem einzigen Sohne oder von einer einzigen Tochter vorhanden sind, der Pflichttheil dieser Enkel zu berechnen sey. Hier sind die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt. Einige [57]) behaupten, daß auch hier die Enkel nur als solche zu betrachten wären, welche in die Stelle ihres verstorbenen Vaters oder Mutter treten, und daß daher die Größe des Pflichtheils nicht nach der Zahl der Köpfe der Enkel zu berechnen sey, wenn deren auch fünf oder mehrere wären, sondern nur das Drittel der Erbschaft betrage, die ihnen ab intestato zugefallen seyn würde. Allein die meisten, besonders die praktischen Rechtsgelehrten [58]), glauben, daß in dem Falle, da nur allein mehrere Enkel von einem einzigen Kinde vorhanden

57) VOET c. l. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. de Successionib. §. 145. not. b. HOFACKER c. l. Siebenkees vom letzten Willen §. 84. Lud. Fried. Griesinger Commentar über das Wirtembergische Landrecht. 6. Band §. 93. S. 398.

58) FRANZKIUS Comment. in Pandect. h. t. nr. 31. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 91. STRYK de cautelis testamentor. Cap. XVII. Membr. I. §. 22. CARPZOV Iurisprud. for. P. III. Const. XII. Definit. II. BERGER c. l. p. 399. edit. *Haubold.*) MANZ Tr. de legitima Qu. V. nr. 6. WESTENBERG cit. Diss. Cap. III. §. 2. MERLINUS Tr. de legitima Lib. I. Tit. IV. Qu. 3. LUDOVICI Doctr. Pandectar. h. t. §. 6. Röslin Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichttheils 2. Stück. §. 12. *Io. Christ. Aug.* HÜPEDEN Diss. de nepotum quorundam in legitima ab avo institutorum cum reliquis diversorum liberorum iam defunctorum descendentibus mediatis concurrentium portione legali eiusque computatione. *Marburgi Cattor. 1769.* §. 28.

handen sind, die Größe des Pflichttheils derselben nach den Köpfen zu bestimmen sey, und also nach der Zahl derselben ein Drittel oder die Hälfte desjenigen betrage, was sie ab intestato vom Großvater geerbt haben würden. Diese Meinung gründet sich darauf, daß in dem bemerkten Falle ab intestato keine successio in stirpes, sondern in capita Statt findet, der Pflichttheil aber jederzeit im Verhältniß zur Intestaterbfolge zu berechnen ist[59]). Allein der Einwurf des Voet[60]), daß doch der Vater dieser Enkel mehr nicht als den dritten Theil bekommen haben würde, wenn er im Pflichttheile wäre eingesetzt worden, und daß die Enkel eines Stammes mehr nicht als die Stammsportion erhalten können, ist allerdings erheblich Aus diesen allen ergeben sich nun zur richtigen Berechnung des Pflichttheils folgende Regeln.

I. Um zu wissen, wie viel der Pflichttheil beträgt, muß zuvörderst ausgemittelt werden, wie viel der Notherbe zu seinem Antheile erhalten haben würde, wenn der Erblasser ohne Testament verstorben wäre[61]). Es müssen daher,

II. um die Grösse des Pflichttheils zu bestimmen, und ob der Notherbe ein Drittel oder die Hälfte seiner Intestatportion verlangen könne, nicht allein die, welchen der Pflicht-

59) BOEHMERI Position. de successione ab int. Cap. II. Membr. I. §. 29. und meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 31. u. §. 99. nr. 4. S. 288.

60) Comm. ad Pand. h. t. §. 48. pag. 305.

61) Woltärs Grundsätze der Rechtsgelehrsamkeit. (Halle 1785. 8.) §. 266. S. 404.

Pflichttheil wirklich gebührt, sondern auch alle diejenigen mitgezählt werden, die auf den Fall der Intestaterbfolge Miterben gewesen wären, ob sie gleich für ihre Person keinen Pflichttheil zu fordern berechtiget sind[62]). Dies ist eine nothwendige Folge des Grundsatzes, daß der Pflichttheil nur ein Theil der Intestaterbportion ist. Es kommt nichts darauf an, ob diese Personen, welche mit den Pflichttheilsberechtigten ein gleiches Intestaterbrecht haben, im Testament mit zu Erben eingesetzt worden sind, oder nicht, wenn sie nur nicht einer solchen Ursache wegen sind ausgeschlossen worden, weshalb sie nicht einmal ab intestato succeßionsfähig gewesen wären[63]). Hieraus sind die sehr bestrittenen Rechtsfragen zu entscheiden, ob enterbte Kinder, ferner diejenigen, welche bey Lebzeiten der Eltern abgefunden worden sind, oder der Erbschaft entsagt haben, bey der Berechnung und Bestimmung des Pflichttheils der übrigen darin eingesetzten Kinder mitzuzählen sind, wovon ich §. 549. weiter handeln werde.

III. Da der Pflichttheil nur ein Theil der Intestatportion ist, so folgt hieraus von selbst, daß sowohl bey der Bestimmung als Vertheilung desselben eben die Regeln, welche bey der Intestaterbfolge in Absicht auf die Succession

62) STRUV Syntagm. iur. civ. Ex. X. Th. 32. Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Band. §. 913. S. 133.

63) Es giebt allerdings solche Ursachen der Ausschließung, welche auch zur Intestaterbfolge unfähig machen. Solche kommen in Ansehung der Kinder *Nov. CXV. Cap. 3. §. 9. 12. et 14.* in Ansehung der Eltern *Nov. cit. Cap. 4. §. 4. 6. 7. et 8.* und in Ansehung der Geschwister *Nov. XXII. cap. 47.* vor. S. meine Dissert. §. XIII. not. 94. pag. 125.

sion nach den Köpfen, Stämmen, und Linien gelten, angewendet werden müssen [64]). Ferner

IV. ist noch zu bemerken, daß man, um die Grösse des Pflichttheils zu berechnen, auf die Zeit des Todes des Erblassers sehen müsse. Dieß gilt nicht nur,

1) wenn von der Bestimmung des Vermögens die Rede ist, aus welchem der Pflichttheil zu berechnen ist. Hier kommt es bloß darauf an, wie viel das Vermögen damals, als der Erblasser starb, betrug [65]). Ein nachheriger Zuwachs, den die Verlassenschaft erhält, gereicht dem Notherben eben so wenig zum Vortheil, als eine nachherige zufällige Verminderung zum Schaden. Es tritt hier die Analogie der Falcidischen Quarte ein [66]). Sondern auch,

2) wenn von der Bestimmung der Zahl der Personen die Rede ist, nach welcher die Grösse des Pflichttheils zu berechnen ist. Wenn daher der Erblasser fünf Kinder hinterläßt, welche er im Pflichttheile eingesetzt hat, so ist und bleibt der Pflichttheil die Hälfte ihres In-

64) Meine Dissert. Sect. II. §. 14.

65) *L. 6. C. h. t.* Cum quaeritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum partem *mortis tempore* testator reliquit, inspicitur. Thibaut System 2. Th. §. 913.

66) S. MANZ Tr. de legitima Qu. 17. 18. et 19. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. X. Th. 34. MÜLLER ad *Eundem* c. l. not. β. WESTENBERG Diss. III. de portione legitima. Cap. V. LILIEN Specim. de legitima §. 11. Thibaut System 2. Th. §. 913. besonders VOET ad h. t. §. 54. et 55.

testaterbtheils, wenn auch von diesen Kindern bald nach dem Erblasser eins verstorben wäre [67]). Denn wenn die Frage von der Bestimmung der Erbtheile ist, so ist immer auf die Zeit zu sehen, da die Erbschaft deferirt wird [68]). Von dieser Zeit an erhält also auch der Pflichttheil seine gesetzlich bestimmte Grösse, und diese kann durch den erfolgten Tod eines Miterben weder vermehrt noch vermindert werden [69]). Hieraus ergiebt sich endlich noch,

V. daß bey der Berechnung des Pflichttheils der Notherben kein ius accrescendi Statt findet, wenn auch einer von den im Pflichttheile zugleich eingesetzten Notherben wegfällt, und seine Portion ausschlägt, oder vor der Antretung der Erbschaft stirbt; sondern die vakante Portion bleibt bey dem Erben [70]). Dieß lehrt die Natur des Pflichttheils, welcher immer nur ein Drittel oder die Hälfte desjenigen ist, was der Notherbe zu seinem Antheile von der Erbschaft ab intestato erhalten haben würde. Mehr kann der Notherbe von Rechts wegen nicht verlangen [71]). Es tritt also

67) Anderer Meinung ist zwar SCHANTZ in Diss. de iure accrescendi §. 118. Dieser glaubt, der Pflichttheil bleibe hier nicht die Hälfte, sondern betrage jetzt nur ein Drittheil. Allein ohne Grund.

68) *§. 6. I. de legit. agnat. succeff. L. 2. §. 6. D. de suis et legitim. hered. L. 1. §. 6. D. Unde cognati.* KOCH de Succeff ab intestato §. 45. pag. 104.

69) *Henr.* COCCEJI Diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt. Sect. II. nr. 19.

70) Man sehe hier vorzüglich COCCEJI Dissert. cit. Sect. II. nr. 20. seqq.

71) Das Gegentheil behaupten zwar *Ant.* MATTHAEUS de Successionib. Cap. XVIII. Th. 7. BERLICH Concluf. pract. P. III. Con-

also hier der Grundsatz ein, vermöge welchen das Accrescenzrecht denen nicht zu statten kommt, deren Erbrecht von den Gesetzen auf eine gewisse Portion eingeschränkt ist, insofern sie nämlich diesen Erbtheil schon vollständig haben [72]).

§. 545.

II. Ursprung des Pflichttheils.

Ueber den Ursprung des Pflichtheils sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung [73]). Einige suchen denselben in dem geschriebenen Recht der Römer. Diese

Concl. 12. nr. 9. CARPZOV P. III. Const. X. def. 12. nr. 5. SCHAUMBURG Comp. iur. Dig. h. t. §. 5. und MADIHN Princ. iur. Rom. de successionib. §. 145. Sie berufen sich auf *L. 17. L. 23. §. fin. D. h. t. L. 3. §. fin. D. de Bon. poss. L. 10. §. 4. L. 12. D. de bon. poss. contr. tab. L. 1. §. 5. D. de conjung. cum emancip. lib. L. 4. §. 2. D. de bon. lib. L. un. §. 10. et 14. C. de cad. toll. L. un. Cod. Quando non pet. port. petent. adcresc. Nov. XXII. c. 21.* Allein in allen diesen Stellen ist gar nicht von dem Pflichttheile und dessen Berechnung die Rede, wie COCCEJI in Diss. cit. Sect. III. nr. 6. sqq. gezeigt hat. Man vergleiche auch noch *Sam. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Quaest. XVIII. pag. 458. Tomi I. (edit. *Emminghaus.*) und LILIEN Spec. de legitima §. 14.

72) *L. 6. pr. D. de bonor. possess.* WESTPHAL Diss. de iure accrescendi inter coheredes. Cap. I. §. 5. nr. IX. und meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 40. nr. II. S. 106.

73) Eine gründliche Untersuchung hierüber liefert des H. Dir. ZEPERNICK Historia iuris civilis de legitima portione parentum, praes. *Dan.* NETTELBLADT def. *Halae 1773.*

theilen sich wieder, indem einige mit Cujaz [74]) die *Lex Glicia*, andere mit Govean [75]) die *Lex Falcidia*, noch andere [76]) die Verordnungen der Kaiser, und insonderheit eine Constitution des Kaisers Marcus [77]) für die Quelle halten, aus welcher der Ursprung des Pflichttheils herzuleiten sey. Allein die Meinung, daß die Legitima ihren Ursprung dem geschriebenen Rechte der Römer verdanke, wird heut zu Tage von den meisten verworffen. Von einer *Lex Glicia*, die nach Cujaz von einem Dictator M. Claudius Glicia im Jahr der Erb. Roms 504. soll gegeben worden seyn, findet sich in dem ganzen Römischen Alterthum nicht die mindeste Spur. Schon dieß muß die Inscription der *L. 4. D. h. t.* CAIUS lib. singulari ad Legem Glitiam verdächtig machen, wenn auch die vom Cornelius van Bynkershök [78]) angegebene Verschiedenheit der Lesart die Aecht-

74) Observation. Lib. II. c. 21. et in *Papinian.* Lib. XIV. ad L. 15. D. de inoff. testam. Ihm stimmen bey GRAVINA de Legib. et SCtis cap. 80. TERRASSON Histoire de la Iurisprud. Rom. pag. 125. und *Dion.* GOTHOFREDUS ad L. 4. D. de inoff. testam.

75) Lib. II. Lection. cap. 2. *Franc.* DUARENUS in Comm. ad hunc Tit. cap. XVII. in fin. *Oper.* pag. 187. *Claud.* CHIFLETIUS de portionib. legitimis cap. 3. *Ian. a* COSTA ad Tit. I. de inoff. test. §. 6. *Ant.* SCHULTING ad *Pauli* recept. sent. Lib. III. Tit. 8. §. 3. *Io. van de* WATER Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 11. Dieser Meinung stimmt auch Hellfeld bey.

76) *Iul. a* BEYMA de legitima cap. 1. adj. *Eiusdem* Comment. de Verb. Signif. et Reg. iuris. *Leovard. 1649.*

77) *Guid.* PANCIROLLUS in Thes. variar. Lection. Lib. I. cap. 39. (in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. II. pag. 983.)

78) Observation. iur. Rom. Lib. II. c. 12.

Aechtheit jener Inscription nicht schon an sich zweifelhaft machte. Hätte wirklich Cajus einen Commentar über die *Lex Glicia* geschrieben, so wäre wenigstens unerklärbar, warum die Verfasser der Pandecten nur diese einzige Stelle daraus excerpirt hätten, die noch dazu nicht einmal von Bedeutung ist; und noch weniger zu begreiffen wäre es, warum Justinian ein so wichtiges Gesetz in seinen Institutionen hätte mit Stillschweigen übergehen können, wenn dadurch die Inofficiositätsklage nebst dem Pflichttheile wäre eingeführt worden. Eben so wenig kann man den Ursprung des Pflichttheils der *Lex Falcidia* oder gar noch einer jüngern kaiserlichen Constitution zueignen, da sich derselbe ohne Zweifel schon in die Zeiten des Römischen Freystaats verliert [79]). Wie hätte Ulpian [80]) von der Falcidia auf den Pflichttheil argumentiren können? Das Falcidische Gesetz gab nur die Veranlassung, zur Bestimmung der Grösse und Eigenschaft des Pflichttheils. Daher kommt es, daß die Legitima auch Falcidia in den Gesetzen genennt wird [81]).

Die meisten Rechtsgelehrten leiten daher den Ursprung des Pflichttheils mit mehrerem Grund aus dem Römischen Gewohnheitsrechte her. Allein auch hier scheiden sich wieder die Meinungen, wenn es auf die nähere Angabe der Quelle selbst ankommt. Einige schreiben den Ursprung der *auctoritati Prudentum*, andere [82]) den *moribus*,

79) ZEPERNICK cit. Historia Cap. I. §. 4. pag. 7.

80) *L. 8. §. 9. D. h. t.*

81) Man sehe WESTENBERG Diss. I. de portione legitima cap. 3.

82) *Fr.* HOTMANNUS de quarta legitimar. cap. I. §. 1. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 4. und WESTENBERG de portione legit. Diss. I. cap. 4.

oder dem unbenannten Gewohnheitsrechte zu. Die jenes behaupten, theilen sich wieder in zwey Partheyen, einige [83]) meinen, die Römischen Rechtsgelehrten hätten durch Interpretation des Falcidischen Gesetzes den Pflichttheil erfunden; andere [84]) hingegen behaupten daß der Pflichttheil schon zu den Zeiten der freyen Republik durch die Auctorität der Rechtsgelehrten sey eingeführt worden, und bloß die Bestimmung der Grösse desselben auf ein Viertel der Intestaterbportion durch Nachahmung der Falcidischen Quarte geschehen sey, und diese letztere Meinung hat allerdings das Meiste für sich. So viel ist gewiß, daß die Römischen Juristen den Pflichttheil als ein Mittel und Cautel erfanden, die Testamente der Bürger gegen die Querel über Lieblosigkeit zu sichern, und den Mißbrauch dieser Klage dadurch einzuschränken [85]).

§. 546.

III. Gesetzliche Vorrechte des Pflichttheils.

Der Pflichttheil ist als eine gesetzliche Schuld anzusehen, er muß also

A. denen,

83) *Frid. Gothofr.* SCHLEGTENDAL Diss. de originibus legitimae ad imitationem legis Falcidiae interpretatione Prudentum introductae. *Teutoburgi 1752.*

84) ZEPERNICK cit. Historia de legit. portione. Cap. I. §. 8. Möller Lehre vom Pflichttheil. 1. Th. §. 7. Meine Diss. de constit. legitimae portionis parentum quantitate. Sect. I. §. 5.

85) Daher sagt Ulpian *L. 8. §. 8. D. h. t.* Quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam. Add. *L. 5. L. 7. C. de inoff. donat.*

A. denen, welchen er gebührt, aus gesetzlicher Nothwendigkeit ohne alle Beläſtigung und Beysatz hinterlassen werden[86]). Es darf daher

1) demselben keine Bedingung, noch Zeitbestimmung beygefügt, auch darf derselbe mit keinem Fideicommiß beschwert werden. Geschieht es dennoch, so ist zwar nach dem neuern Römischen Recht das Testament an sich nicht ungültig, allein die auf den Pflichttheil gelegte Beschwerde wird so angesehen, als ob sie nicht wäre beygefügt worden[87]). Nach dem ältern Römischen Rechte war zwar ein grosser Unterschied, ob der Notherbe unter einer Casualbedingung eingesetzt worden, oder ob ihm eine solche Bedingung auferlegt worden, deren Erfüllung völlig in seiner Gewalt steht. Im ersten Falle war das Testament nichtig, wenn nicht auf den entgegengesetzten Fall die Enterbung ausdrücklich war beygefügt worden[88]); und auch in

86) STRYK Diss. de gravamine legitimae. DAEGNER Diss. de onere legitimae. *de* SENCKENBERG de gravamine in legitima.

87) *L. 32. C. h. t.* Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut, si quid minus legitima portione his derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur; hoc in praesenti addendum esse censemus: ut si *conditionibus quibusdam* vel *dilationibus*, aut *aliqua dispositione moram* vel *modum* vel *aliud gravamen introducente*, eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur; ipsa *conditio*, vel *dilatio*, vel *alia dispositio*, *moram vel quodcunque onus introducens*, *tollatur*, *et ita res procedat*, *quasi nihil eorum testamento additum esset.*

88) *L. 83. D. de condit. et demonstrat. L. 86. D. de heredib. instituend.* S. *Ios.* FINESTRES Praelectiones Cervarienſ. ſ. Commen-

diesem Falle mußte es sich noch bey Lebzeiten des Sohns entscheiden, ob die Bedingung zur Wirklichkeit komme oder nicht. Denn starb der Sohn pendente conditione, so war er bey seinem Leben weder als Erbe ernannt, noch enterbt, also übergangen, folglich wurde das Testament ungültig [89]). In dem letztern Falle hingegen, wenn der Einsetzung eines Notherben eine Potestativbedingung beygefügt worden, so galt das Testament, ohne daß eine Enterbung auf den entgegengesetzten Fall nöthig war. Eine solche Bedingung mußte erfüllet werden, auch wenn der Notherbe ein suus heres war [90]). Die Gesetze der Pandecten reden zwar eigentlich nur von Söhnen, die noch in der väterlichen Gewalt des Erblassers waren; bey Töchtern und Enkeln war es anders. Diese konnten unter jeder Bedingung gültig eingesetzt werden, sie mochte eine Casual- oder Potestativbedingung seyn. Bey diesen war auch eine Enterbung auf den entgegengesetzten Fall nicht nöthig. Denn ihre Präterition verursachte keine Nichtigkeit des Testaments, sondern gab blos dem iuri accrescendi Raum [91]). Allein dieser ganze Unterschied fällt nunmehr weg, nachdem der Grundsatz festgestellt ist, daß blos die dem Pflichttheil auferlegte Beschwerde für nicht beygefügt geachtet werden solle. Auch eine Potestativbedin-

mentarii ad Tit. Pandectar. de liberis et postumis. P. III. Cap. II. §. 11 — 14.

89) *L. 28. pr. D. de lib. et postum.* Man sehe über diese Stelle vorzüglich FINESTRES c. l. §. 16. sq. pag. 82. sqq. und Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 411.

90) *L. 4. pr. D. de heredib. instit. L. 86. pr. D. eodem.* Westphal a. a. O. §. 405. FINESTRES c. l. §. 4—10. pag. 75. sqq.

91) FINESTRES c. l. §. 20. sqq.

bedingung braucht nun nicht mehr erfüllet zu werden, soweit sie den Pflichttheil betrift, und die Casualbedingung, unter welcher ein Notherbe ist eingesetzt worden, macht ebenfalls das Testament nicht weiter ungültig, es sey auf den entgegengesetzten Fall eine Enterbung geschehen, oder nicht. Denn das Gesetz redet ausdrücklich von allen Arten der Bedingung, und die Absicht desselben, das Testament da bey seiner Gültigkeit zu erhalten, wo es sonst angefochten werden konnte, setzt dieses vollends außer Zweifel [92]). Da bey dem Pflichttheile auch kein Verzug durch Zeitbestimmung Statt finden soll, so konnte die Frage entstehen, wie es in dem Falle zu halten sey, wenn Jemand einen extraneus zum Erben ernannt, diesem aber auferlegt hat, die Erbschaft ent-

92) S. *Guil.* RANCHINI variae Lectiones Lib. III. cap. 7. Westphals Lehre des Röm. Rechts von Testamenten §. 404. S. 300. und Geigers und Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 2. B. Nr. XVI. §. 6. S. 12. f. Mehrere Rechtsgelehrten sind indessen der Meinung, daß jene ältern Gesetze durch die *L.* 32. *C. h. t.* nicht schlechthin für aufgehoben zu halten wären, sondern ein Testament wenigstens in dem Falle null und nichtig sey, wenn darin ein suus heres, er sey Sohn oder Tochter oder Enkel, unter einer Casualbedingung eingesetzt worden, die nicht in seiner Gewalt steht, ohne auf den entgegengesetzten Fall enterbt zu seyn; weil die *L.* 32. nicht von solchen Fällen redet, wo das Testament null ist. *L.* 4. *C. de institut.* S. FINESTRES cit. Praelectionib. P. III. Cap. II. §. 11. DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. VI. cap. 12. DUARENUS ad Tit. Dig. de inoff. test. cap. 4. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Tit. de conditionib. institut. §. 4. VINNIUS Comment. ad §. 9. I. de heredib. instit. und besonders Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 491. Not. 8.

entweder nach seinem Tode, oder sonst nach Ablauf einer bestimmten Zeit, an den Notherben abzuliefern. Justinian entscheidet diesen Fall in einer neuern Constitution [93]) dahin, daß dem Notherben soviel, als sein Pflichttheil ausmacht, sogleich abgegeben werden solle, ohne den Todesfall des fiduciarischen Erben, oder die Anfallszeit des Fideicommisses abwarten zu dürfen; das übrige Vermögen aber erst zu der Zeit restituirt werden solle, da es der Testator verordnet hat.

Sind Notherben selbst mit einem Fideicommiß beschwert worden, nach welchem sie die Erbschaft an einen andern wieder abliefern sollen, so ist der Pflichttheil nicht darunter begriffen [94]). Streitig hingegen ist es, ob auch ein gegen-

93) *L. 36. §. 1. C. h. t.* ‘ Cum quis, extraneo herede instituto, restituere eum filio suo hereditatem suam, cum moriatur, disposuerit, vel in tempus certum restitutionem distulerit: quia nostra constitutio, quae antea composita est, omnem dilationem, omnemque moram censuit esse subtrahendam, ut quarta pars pura mox filio restituatur: in huiusmodi specie, quid faciendum sit, dubitatur. Sancimus itaque, *quartae quidem partis restitutionem iam nunc celebrari, non exspectata nec morte heredis, nec temporis intervallo, reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit.* Sic etenim filius suam habebit portionem integram, et qualem leges et nostra constitutio definivit: et scriptus heres commodum, quod ei testator dereliquit, cum legitimo moderamine sentiet. Bey diesem deutlichen Gesetz macht *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XV. Err. 1. ohne Noth Schwierigkeiten; man sehe Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 403.

94) *L. 6. C. ad SCtum Trebell.* *Ge. Lud.* BOHMERI Diss. de liberis fideicommisso oneratis. *Goettingae 1749.* §. 9.

gegenseitiges Fideicommiß, welches der Vater unter seinen Kindern im Testament verordnet hat, als eine Beschwerde des Pflichttheils anzusehen sey? Mehrere Rechtsgelehrten [95]) läugnen dies aus dem Grunde, weil hier jedes Kind die Hoffnung hat, nach dem Tode des andern desselben Erbtheil zu erhalten, folglich eine solche Disposition den Kindern mehr zum Vortheil als zum Schaden gereicht. Diese Meinung scheint auch eine Verordnung des Kaisers Alexander [96]) für sich zu haben, in welcher es heißt: Si pater puellae, (cuius vos curatores esse dicitis) filio ex semisse, ipsa autem ex triente, et uxore ex reliquo sextante scriptis heredibus, fidei filiorum commisit, ut si quis eorum intra viginti quinque annos aetatis decederet, superstitibus portionem suam restitueret: praeterea uxori, ut id, quod ex causa hereditatis ad eam perveniſſet, filiis post mortem suam restitueret, fideicommisit: *calumniosam inofficiosi actionem adversus iustum iudicium testatoris instituere non debetis*, cum ex huiusmodi fideicommissaria restitutione tam matris, quam fratris eius portio ad eam poterat pervenire. Andere [97]) hingegen glauben, diese Verordnung sey durch die neuern Verordnungen des Kaisers Justinian, nämlich durch die *L.* 32. *et* 36. *C. h. t.* abgeändert. Allein beyde haben Unrecht. Der Pflichttheil der Kinder darf auch mit keinem gegen-

95) FACHINAEUS Controvers. iur. Lib. V. cap. 20. PEREZ Praelect. in Cod. h. t. nr. 42. BERLICH Decis. 110. *de* SENCKENBERG de gravamine in legitima cap. 2.

96) *L.* 12. *Cod. h. t.*

97) VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 63. Westphal Theorie des R. R. von Testamenten §. 413. S. 307.

gegenseitigen Fideicommiß beschwert werden. Hat daher ein Vater die Verfügung unter seinen Kindern gemacht, daß nach dem Tode des einen, das überlebende Kind desselben Erbtheil erhalten solle; so kann jedes Kind doch seinen Pflichttheil von einem solchen Fideicommiß abziehen [98]). Diesem steht auch die *L.* 12. *C. h. t.* gar nicht entgegen. Denn darin ist blos die Frage entschieden worden, ob gegen ein solches väterliches Testament, worin ein gegenseitiges Fideicommiß unter den Kindern angeordnet worden, die querela inofficiosi angestellt werden könne? und dieses wird mit Recht verneinet. Denn nicht zu gedenken, daß die Kinder die Trebellianische Quarte abziehen konnten, welche ihnen, weil sie den Pflichttheil damals absorbirte, sogar aus der Substanz der Güter des verstorbenen Vaters, ohne Einrechnung der Früchte, gebührte [99]); so waren ja die Kinder zu Erben eingesetzt. Die Chikane der Vormünder in dem Falle der L. 12. war also um so mehr ersichtlich, da sie ein Testament durch die Querel zu entkräften suchten, in welchem ihre Mündel nicht enterbt, sondern vielmehr im dritten Theil zur Erbin eingesetzt war, und überdem die Hoffnung hatte, den Erbtheil ihrer Mutter und ihres Bruders zu erhalten. Da von dem Abzug der Quarte keine Frage war, als welche jedem Kinde vermöge der Gesetze ohnehin zustand, so

98) STRYK de cautelis testamentor. Cap. XVII. membr. 2. §. 17. et de Success. ab intest. Diss. VII. Cap. I. §. 24. a PUFFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 81. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de liberis fideicommisso oneratis §. 9. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. Band. Medit. 142.

99) *L. 6. C. ad SCtum Trebell.*

so konnte auch in dem Rescript nichts davon enthalten seyn, es waren auch überdem schon andere Gründe genug vorhanden, um in dem vorliegenden Falle die Querel der Vormünder als ungegründet und unstatthaft zu verwerfen. Es läßt sich daher aus diesem Gesetz eben so wenig beweisen, daß sich die Kinder ein gegenseitiges Fideicommiß, mit welchem sie von ihrem Vater sind beschwert worden, auch selbst in Ansehung ihres Pflichttheils müßten gefallen lassen; als es nöthig ist, mit andern anzunehmen, daß die *L.* 12. durch die *L.* 32. *C. h. t.* aufgehoben sey [100]).

Uebrigens muß im Falle einer dem Notherben auferlegten Beschwerde der demselben gebührende Pflichttheil von dem übrigen Vermögen des Erblossers wohl unterschieden werden, wenn es gleich unter einer und eben derselben Verordnung des Testaments begriffen ist. In Ansehung desjenigen Vermögens also, welches dem Notherben ausser dem Pflichttheile hinterlassen wird, kann jede Beschwerde, Aufschub, Zeitbestimmung und Bedingung Statt finden, weil es dem Pflichttheilsberechtigten nicht nothwendig gebührt [1]).

2) Weil keine Beschwerde bey dem Pflichttheile Statt findet, so gilt auch die Beschwerde nicht, da man dem überlebenden Ehegatten den Nießbrauch von seinem ganzen Vermögen

100) Sehr richtig sagt PUFFENDORF c. l. §. 2. pag. 352. *Quodsi L. 12. C. de inoff. testam. abrogata dicitur, parum commode ostenditur, cur nihilominus et in Codice Iustiniani et in Basilicis quoque relata extet, cum praesertim Basilicorum auctores leges antiquatas alias neglexerint.*

1) *Nov. CXVII. cap. 1.* BOEHMER cit. Diss. §. 9. princ. und Westphal §. 404. S. 300.

mögen auf Lebenszeit hinterlassen, und seine Kinder in der bloßen Proprietät seiner Güter zu Erben eingesetzt hat. Hier muß wenigstens vor der Hand so viel, als der Pflichttheil der Kinder ausmacht, an solche unverzüglich abgegeben werden [2]). Schwerlich aus jenem Grundsatz abzuleiten, aber doch klar in den Gesetzen enthalten ist die Vorschrift, daß eine Mutter, wenn sie ihren Kindern mehr nicht als den Pflichttheil hinterläßt, dem Vater derselben, in dessen Gewalt sie noch sind, den Niesbrauch davon auf keine Weise entziehen dürfe [3]). Verschiedene Rechtsgelehrten

2) *Nov. XVIII. cap. 3.* Prohibemus vero, nach Hombergk, etiam illud, quod et grave est, et legitimam quidem causam habet, in magnam tamen crudelitatem et acerbitatem incidit. Scimus enim testamenta quaedam facta, in quibus defuncti non paterne, nec ut viros decuit, sed admodum molliter et demisse heredes instituerunt. Uxoribus enim suis omnem reliquerunt rerum suarum usumfructum, liberis vero nudum dominium, adeo ut putem, eiusmodi testamenti eam esse intentionem, ut etiam dominium mulier accipiat, liberis forte fame perimendis. Unde enim medio tempore se sustentarent, et victum quotidianum haberent, si nihil illis relinquatur, accedente forte muliebri et irrationali ira, quae ipsis quotidianum etiam victum eripiat. Nullo igitur modo ulli imposterum, qui liberos habet, tale quid facere licebit, sed omnino legitimae illius partis, quam nunc definivimus, usumfructum una cum proprietate relinquat, si liberorum, qui non statim fame pereant, sed habeant unde vivere possint, pater dici velit. Atque haec omnia dicimus, non tantum de patre solo sed et matre, avo proavo et unoquoque foeminis, aviae scilicet et proaviae tam paternae quam maternae conjuncto.

3) *Nov. CXVII. cap. 1. Mich. Henr.* GRIEBNER Diss. de Usufructu legitimae patri non adimendo. *Lipsiae 1706. Henr. God.*

ten [4]) wollen zwar dennoch das Gegentheil aus dem Grunde behaupten, weil nicht erweißlich sey, daß der Pflichttheil, welchen die Mutter ihren Kindern hinterlassen muß, unabänderlich von den Gesetzen für eine Art des peculii adventitii ordinarii erklärt worden, überdem das römische Recht die letztwillige Dispositionsfreyheit der Eltern in Ansehung des Pflichttheils der Kinder blos zum Besten der letztern eingeschränkt hätte, eine solche Einschränkung also in dem Falle nicht angenommen werden könne, da mittelst dieser Disposition die Condition der Kinder, denen der Pflichttheil verlassen worden ist, verbessert wird. Diese Meinung scheint auch die Avthentica: *Excipitur* Cod. de bonis, quae liberis zu begünstigen, wo es heißt: Excipitur, quod eis datur vel relinquitur ab aliquo parentum, conditione hac adiecta, *ne ad patrem perveniat usufructus.* Allein man

BAUER Progr. de usufructu et administratione legitimae, a matre et ascendentibus maternis liberis relinquendae, patri non adimendis (in *Opuscul.* Tom. II. Nr. 29.) Quistorp rechtliche Bemerkungen. 1. Th. Bem 90. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. B. Medit. 50. WESTENBERG Diss. IV. de portione legitima cap. II. §. 7. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 414. S. 307. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. I. §. 580. MALBLANC Princip. iuris Rom. sec. ord. Digestor. P. II. Sect. I. §. 513. Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 914.

4) STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. XII. Th. 5. BERLICH P. I. Decis. 137. MEVIUS P. VII. Decis. 356. ROTGERSIUS in Apodict. demonstration. ad illustrandum ius Rom. Vol. I. Lib. I. pag. 207. und besonders Herr Prof. Woltär in der Hallischen juristischen Bibliothek 3. Versuch. (Thorn 1794. 8.) S. 261. folgg.

man darf nur die Worte der angeführten Nov. 117. Kap. 1. richtig verstehen, so wird man sich von dem Ungrunde der entgegengesetzten Meinung hinlänglich überzeugen. Sancimus igitur, so lauten die Worte nach Hombergk, ut matri, et aviae, reliquisque parentibus, *ubi liberis portionem legibus debitam reliquerunt*, reliquam ipsorum substantiam, sive solidum, sive partem voluerint, filio, vel filiae, vel nepoti, vel nepti, vel reliquis descendentibus donare, vel etiam ultima voluntate relinquere liceat: hac lege et conditione, *ut*, si velint, *pater, vel quicunque eos in potestate habet, in his rebus neque usumfructum, neque ullam plane partem habeat.* Haec enim *extraneis* etiam relinquere poterant, *unde nulla inde ad parentes utilitas pervenisset.* Iubemus autem, ut hoc non solum *parentibus*, sed *omni* etiam *personae* liceat. Der Kaiser geht hier von dem Grundsatz aus, daß den Eltern, wenn sie ihren Kindern den Pflichttheil, wie sich's gehört, hinterlassen, in Ansehung ihres übrigen Vermögens jede willkührliche Disposition freysteht. So wie nun also eine Mutter oder andere mütterliche Ascendenten, im Fall sie nur ihren Kindern oder Enkeln den Pflichttheil hinterlassen haben sollten, freysteht, ihr übriges Vermögen allenfalls auch fremden Personen zuzuwenden; so muß es ihnen auch, wenn sie ihr übriges Vermögen den Kindern lieber, als einem Fremden, zuwenden wollen, erlaubt seyn, in Ansehung desselben die Bedingung beyzufügen, daß der Vater oder Großvater, in dessen Gewalt die Kinder sind, keinen Theil daran, also weder die Nutznießung noch die Verwaltung davon haben solle. Ich hoffe nicht, daß Jemand gegen diese Erklärung mit Grund etwas zu erinnern finden wird. Was folgt nun natürlicher, als daß dergleichen Bedin-

dingung, wenn sie gleich für die Kinder vortheilhaft ist, und den Pflichttheil keinesweges gravirt, dennoch dem Pflichttheile selbst nicht beygefügt werden dürfe, folglich der Pflichttheil, welchen die Mutter oder mütterliche Ascendenten ihren Kindern oder Enkeln zu hinterlassen schuldig sind, unabänderlich von den Gesetzen für eine Art des peculii adventitii ordinarii erklärt sey. Man wird sich hiervon aus dem beygefügten Grunde des Gesetzes noch mehr überzeugen. In Ansehung des übrigen Vermögens, welches die Mutter den Kindern vermacht, muß sich der Vater darum die den Niesbrauch ausschliessende Bedingung gefallen lassen, weil die Mutter dieses Vermögen auch fremden Personen hätte hinterlassen können, und dann hätte ja der Vater auch keinen Nutzen davon gehabt. Dieser Grund wäre ohne Sinn und Bedeutung, wenn nicht die Absicht des Kaisers dahin gienge, daß dem Vater der Nießbrauch und die Verwaltung des Pflichttheils, welcher den Kindern aus dem Vermögen der Mutter oder anderer mütterlicher Ascendenten gebührt, durch letzte Willensverordnungen derselben auf keine Weise solle genommen werden können. Wozu wäre auch der Unterschied nöthig gewesen, den der Gesetzgeber zwischen dem Pflichttheile, welcher den Kindern nach den Gesetzen gebührt, und dem übrigen Vermögen macht, welches die Mutter oder mütterliche Ascendenten den Kindern oder Enkeln freywillig hinterlassen, wenn dem Vater auch in Ansehung des mütterlichen Pflichttheils der Niesbrauch eben so gut, wie in Ansehung des übrigen den Kindern hinterlassenen Vermögens durch die letzte Willensverordnung der Mutter nach Willkühr genommen werden könnte. Daß Justinian hier allerdings die Absicht hatte, zu bestimmen, wie weit der Vater von dem ihm gesetzlich zustehenden Nies-

brauch des peculii adventitii seiner Kinder durch letzte Willensverordnungen und Verfügungen derjenigen, von welchen ein solches Vermögen den Kindern zugeflossen ist, ausgeschlossen werden könne, beweißt insonderheit auch noch die zuletzt beygefügte Ampliation, nach welcher es nicht allein den Eltern, sondern auch andern Personen erlaubt seyn soll, Kindern etwas unter der Bedingung zu schenken oder zu vermachen, daß dem Vater der Niesbrauch davon nicht zustehen solle. Bey diesen wichtigen Gründen, welche uns die Novelle 117. darbietet, kann die daraus gezogene Authentike: *Excipitur*. Cod. de bonis, quae liberis hier um so weniger in Betrachtung kommen, je bekannter es ist, daß die Authentiken des Codex anders nicht gelten, als insofern sie mit der Quelle, woraus sie geschöpft sind, übereinstimmen [5]). Es bedurfte also auch der Critik ganz und gar nicht, mittelst welcher Alex. Arnold Pagenstecher [6]) dem

5) S. diesen Commentar 1. Th. §. 53. S. 337.

6) Irnerius iniuria vapulans s. Commentar. ad Authenticas Cod. Iustin. rep. praelect. (*Groningae* 1701. 4.) Coit. X. §. 5. pag. 90. seqq. Pagenstecher behauptet nämlich, man müsse nach den Worten *ab aliquo* ein Komma machen, und das Wort *parentum* mit den folgenden Worten *conditione hac adiecta* verbinden, so daß der Sinn der Authentike folgender sey: Wenn Jemand, er sey, wer er wolle, den Kindern Güter zuwendet, und in Ansehung der Eltern die Bedingung hinzufügt, daß der Vater daran den Niesbrauch nicht haben solle, so werde ihn auch der Vater nicht erhalten. Andere behaupten, die Authentike *Excipitur*, müsse mit der folgenden Auth. *Item hereditas* Cod. eodem verbunden werden, als RICHTER in Expositi. omnium Authenticar. ad Auth. *Excipitur*. pag. 312.

Noch

dem daraus entlehnten seichten Grunde der Gegner zu begegnen suchte [7]).

3) Der Pflichttheil der Notherben darf auch dadurch nicht beschwert noch geschmälert werden, daß der Testirer den in dem übrigen Vermögen eingesetzten Erben die Errichtung eines Inventariums oder einer eidlichen Specification erlassen [8]); oder daß der Testirer die Güter seines Nachlasses zu einem bestimmten Werthe angesetzt hat. Die Notherben sind nicht schuldig, sich den von dem Testirer gemachten Anschlag seiner Nachlaßgüter gefallen zu lassen, sondern sie können verlangen, daß die Güter nach ihrem wahren Werthe ordnungsmäßig geschätzt werden, und nach dieser Schätzung, keinesweges aber nach dem von dem Testirer gemachten Anschlage ist der Pflichttheil zu berechnen [9]).

Noch andere sagen, die Avth. *Excipitur* müsse doch auf jeden Fall aus ihrer Quelle, der Nov. 117. Kap. 1. erklärt werden, als BERGER in Resolutionib. legum obstant. Lib. XV. Tit. I. Qu. 2. pag. 241. und *Casp. Christ.* KOBER Disp. de peculio adventitio regulari s. ordinario. *Altdorfii 1705.* §. 11.

7) Daß der Niesbrauch des Pflichttheils, den die Mutter den Kindern zu hinterlassen schuldig ist, dem Vater auch nicht einmal in dem Falle, da er für einen Verschwender erklärt worden ist, entzogen werden dürfe, zeigt LEYSER Medit. ad Pand. Vol. II. Specim. XCII. med. 1. Auch nach dem Preuß. Landrechte 2. Th. 2. Tit. §. 155. können Verwandte in aufsteigender Linie, die den Kindern einen Pflichttheil zu verlassen schuldig sind, den Vater von dem Niesbrauche desselben nicht ausschliessen.

8) S. KIND Quaestion. for. Tom. I. cap. 99.

9) S. Gönners auserlesene Rechtsfälle und Ausarbeitungen. 1. Band. (Landshut 1801. 8.) Nr. XIV. §. 10. S. 353.

Endlich

4) kann auch nicht einmal die sogenannte Socinische Cautel dem Pflichttheile nachtheilig werden, wenn der Notherbe sich das Gravamen des Pflichttheils nicht gefallen lassen will, sondern den ihm in Rücksicht desselben vom Testirer zugedachten Vortheil ausschlägt.

Es ist nämlich eine bekannte Cautel, daß wenn man einem Notherben in Rücksicht seines Pflichttheils eine Beschwerde auflegen will, man ihn noch außer dem Pflichttheile mit irgend einem Vortheil bedenken muß, er bestehe nun in einem grösserem Erbtheile, oder in einer erlassenen Anrechnung auf den Pflichttheil, oder daß man ihn sonst mit etwas honorirt, welches er in dem Falle, da er sich dem Pflichttheils-Gravamen unterwerffen werde, bekommen soll; dabey aber ausdrücklich verordnet, daß er in dem entgegengesetzten Falle mehr nicht als den Pflichttheil haben solle.

Diese Cautel wird von dem italiänischen Rechtsgelehrten, Marianus Socinus dem jüngern, welcher im sechzehnten Jahrhundert gelebt hat, und 1556. starb, die Socinische genennt [10]). Allein eigentlich gebührt diesem Socinus die Ehre der Erfindung nicht, sondern Nicolaus Antencorus, ein Florentinischer Edelmann, war es, der diese Clausel seinem Testament beygefügt hatte, worin der Pflichttheil seiner Kinder mit einem Fideicommiß beschwert war;

10) C. *Wern. Franc. Conr.* SETELS Diff. de iure circa cautelam Socini. *Giſſae 1707.* (Der Verfasser dieser Schrift ist der ehemalige Kanzler Grollmann zu Giessen.) besonders D. Heinrich Wilhelm Koch über die Socinische Cautel. Giessen 1786. 8.

war; und Socinus stellte blos über deren Rechtsgültigkeit ein Gutachten aus [11]). Er selbst beruft sich darin auf den Immola [12]), und Cardinal *de* LUCA [13]) hat diese Cautel schon bey Angelus und Durantes gefunden, zum Beweis, daß sie schon vor dem Socinus üblich gewesen sey.

Die Wirkung dieser Cautel ist, daß es von der freyen Wahl des Notherben abhängt, ob er sich die seinem Pflichttheile aufgelegte Beschwerde gefallen lassen, und den ihm auf solchen Fall zugedachten grössern Vortheil annehmen, oder im entgegengesetzten Falle mit dem bloßen Pflichttheile sich begnügen wolle. Denn zwingen kann der Testator auch durch diese Cautel den Notherben nicht zur Anerkennung des auf den Pflichttheil gelegten Gravamens, und da die Legitima keine Belästigung leidet, so versteht sich's, daß wenn sich der Notherbe gegen den ihm zugedachten Vortheil dem Pflichttheils-Gravamen nicht unterwerffen will, er den Pflichttheil frey und unbeschwert erhalten müsse. Es ist nicht nöthig, daß der Testator jene Wahl dem Notherben ausdrücklich gestatte, denn dies bringt schon die Natur der Sache mit sich, und braucht daher nicht namentlich ausgedruckt zu werden [14]). Hieraus ergiebt sich, daß die Socinische Cautel an sich weder ungerecht noch unbillig sey,

11) *Iust. Frid.* RUNDE Progr. de usu longaevo cautelae, quem vocant, Socini, ante ipsum Socinum. *Cassell.* 1776. 4. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observation. pract. ad *Leyserum*. Tom. I. Fasc. II. Obs. 228.

12) Vol. I. Consil. 122.

13) Theatr. instit. et verit. Tom. IV. P. III. Disc. 18. nr. 5. Siehe Koch a. a. O. §. 5.

14) Koch §. 8.

was auch Christ. Lud. Crell [15]) und Leyser [16]) dawider sagen. Denn bis auf den Pflichttheil, den man seinen Notherben zu hinterlassen schuldig ist, kann man über seine Verlassenschaft nach Gefallen disponiren, und daß der Notherbe sich seines Rechts auf den Pflichttheil begeben, folglich sich auch eine demselben aufgelegte Beschwerde gefallen lassen könne, leidet keinen Zweifel, da nur zu seinem Besten das Grundprincip aufgestellt ist, daß der Pflichttheil ohne Beschwerde hinterlassen werden müsse [17]). Wenn also der Testator dem Notherben seinen Pflichttheil hinterläßt, dabey aber in seine Wahl stellt, ob er darauf gegen einen andern Vortheil Verzicht leisten, oder sich sonst eine seinem Pflichttheil aufgelegte Last gefallen lassen wolle, so kann man nicht sagen, daß der Testator gegen die Gesetze oder gegen die Billigkeit handele [18]). Denn kein Gesetz verbietet dem Notherben, den ihm verlassenen beschwerten Pflichttheil anzunehmen, und freywillig den beschwerten letzten Willen des Erblassers zu agnosciren.

Die Socinische Cautel ist übrigens nicht für überflüßig zu halten, wie Herr von Cramer [19]) irrig behauptet; es läßt

15) Diss. de cautela Socini: in Fasc. VI. *Dissertation.* et *Programm. Crellianor.* Nr. 49.

16) Meditat. ad Pandect. Specim. XCIII. medit. 1. et Specim. CCCXCVI. medit. 3.

17) *L. 35. §. 2. Cod. h. t.*

18) *Ge. Lud.* BOEHMERI Diss. de liberis fideicommisso oneratis §. 10. not. a. Hymmens Beyträge zu der juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten. 4. Samml. Nr. VII. S. 72. und besonders Koch a. a. O. §. 9.

19) Progr. de cautela Socini abundante, in *Opuscul.* Tom. II. Nr. 23.

läßt sich auch mit Ayrer [20]) nicht annehmen, daß sie bey einer den Pflichttheil beschwerenden Disposition stillschweigend verstanden werde; sondern sie muß beygefügt werden, wenn sie von Wirkung seyn soll. Denn, ohne zu erwähnen, daß die Socinische Cautel schon, als etwas ausserordentliches, nicht vermuthet werden darf, so verdient hier besonders erwogen zu werden, daß wenn diese Cautel beygefügt ist, der Notherbe auf den Fall, wenn er sich dem Pflichttheils-Gravamen nicht unterwirft, gar nichts weiter, als den Pflichttheil bekommt, und die übrige Verlassenschaft sogleich an einen andern, als directen Erben, fällt; dahingegen, wenn jene Cautel fehlt, der Notherbe, welchem ein, sich auch auf den Pflichttheil erstreckendes Fideicommiß oder sonstige Beschwerde aufgelegt worden ist, die Erbschaft auch sogar ohne alle Protestation antreten kann, und derselbe gleichwohl das Gravamen, so weit es den Pflichttheil mit betrifft, anzuerkennen nicht schuldig ist. Er braucht auch, im Fall er mit einem Universal-Fideicommiß beschwert ist, die übrige Verlassenschaft, ausser seinem Pflichttheile, nicht eher zu restituiren, als wenn der Fall des Fideicommisses eintritt [21]).

Soweit kann indessen der Gebrauch der Socinischen Cautel nie ausgedehnt werden, daß vermöge derselben dem Testator eine solche Verfügung erlaubt wäre, bey welcher der eigentliche Betrag des Pflichttheils nie mit Zuverläßigkeit zu bestimmen seyn würde. Dies ist der Fall, wenn der

20) Diss. de iure parentum legitimam liberorum bona mente gravandi §. 23.

21) Koch a. a. O. §. 10.

Testator den Notherben in einer gewissen Summe zum Erben einsetzt, und demselben unter angehängter Socinischen Cautel untersagt, von dem Miterben die Anfertigung eines Inventariums oder einer eidlichen Specification des Nachlasses zu verlangen. Hier ist die Cautel für gesetzwidrig, und das Verbot des Testirers dergestalt für unwirksam zu achten, daß dessen ungeachtet die Erbeinsetzung des Notherben nicht auf den Pflichttheil einzuschränken ist, wenn derselbe auch auf die Inventur oder eine eidliche Specification dringt, und sich daraus ergeben sollte, daß demselben wirklich mehr, als sein Pflichttheil beträgt, hinterlassen worden sey [22]). Dahingegen dürfte wohl, sofern die Socinische Cautel auf rechtsbeständige Art einer letzten Willensverordnung beygefügt worden ist, die vom Crell [23]) dagegen angegebene Cautel,

22) Sehr gründlich handeln hiervon *Christ. Wilhelm.* KÜSTNER in Progr. quo, remissionem iuratae specificationis cum cautela Socini coniunctam cautionem inutilem esse, commonstratur. *Lipsiae 1765.* und *Io. Ad. Th.* KIND in Quaestionib. forens. Tom. I. cap. 99. pag. 378. sqq. Ihnen stimmt auch HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 15. not. r. p. 397. bey; und so entschied auch die Preuß. Gesetzcommission bey Klein in den Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. 1. B. S. 217.

23) Diss. de cautela Socini §. 10. *Tutissimum consilium* videtur, sagt Crell, ut qui cum *formula Socini* oneratus est, non tam directe impugnet parentis iudicium, quam *imploratione officii iudicis* utatur, et causas iniquitatis et iniuriae ex parentis iudicio acceptae modestius exponat, atque utrum a iudicio parentis recedendum sit, *iudicis arbitrio permittat.* Ita enim facilius, ut iniquitas illa corrigatur, impetrabit, et *poenam a testatore constitutam evitabit*, cui propter strictam interpretationem nunquam

tel, nämlich das Testament durch eine übergebene implorationem officii iudicis dem richterlichen Ermessen anheim zu stellen, um zu bestimmen, ob die Vorschrift des Erblassers hart und unbillig sey, und ob daher der Notherbe davon abgehen könne, oder sich dem Willen des Erblassers schlechterdings zu unterwerffen habe, von keiner rechtlichen Wirkung seyn, wenn gleich auch Herr von Quistorp [24]) sie empfiehlt. Denn das richterliche Ermessen über die letzte Willensverordnung kann sich weiter nicht erstrecken, als es die Aufrechterhaltung des gesetzlichen Pflichttheils leidet, dieser ist ja aber ohnedem durch die Socinische Cautel in so weit versichert, daß, wenn der Notherbe sich damit begnügen will, er solches ohne gerichtliche Imploration vermöge der unter gedachter Cautel ihm nachgelassenen Freiheit zu suchen befugt ist [25]). Was ihm hingegen über den Pflichttheil zugedacht worden ist, kann ihm auch selbst der Richter von Amtswegen nicht zuerkennen, wenn er sich die damit verbundene Beschwerde nicht gefallen lassen will. Es versteht sich endlich auch von selbst, und bringt schon die Natur der Socinischen Cautel mit sich, daß wenn der Notherbe sich der fideicommissarischen Disposition des Erblassers, mit welcher er unter angehängter Socinischen Cautel beschwert worden ist, nicht unterwerffen will, derselbe, ausser dem freien Pflicht-

theil,

quam locum damus, nisi incontinentius et liberius impugnetur iudicium parentis.

24) Rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. Th. Bemerk. 86.

25) S. Georg Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 3. Bandes 1. Abth. Resp. 204. nr. 9.

theil, keine Trebellianiſche Quarte weiter verlangen könne [26]).

So wenig nun der Pflichttheil durch die letzte Willensverordnung des Erblaſſers beläſtiget werden darf, eben ſo wenig darf auch

B. die Auszahlung deſſelben von dem eingeſetzten Erben erſchwert, und dem Notherben vorenthalten werden. Die Geſetze verordnen daher, daß der Pflichttheil, gleich einer Schuld, ſofort nach dem Tode des Teſtirers von dem Erben ausgezahlt werden ſolle. Thut er dieſes nicht gutwillig, ſondern läßt ſich deshalb erſt verklagen, und verurtheilen, ſo ſoll der Erbe wegen dieſes ungebührlichen Verzugs noch den dritten Theil mehr, als dem Notherben zum Pflichttheil hinterlaſſen worden iſt, zur Strafe dazu geben [27]); und daß auch dieſe Strafe noch heut zu Tage erkannt werde, bezeugt Berger [28]).

§. 547.

26) SETELS (*Grollmann*) cit. Diſſ. de iure circa cautelam Socini §. 30. *Fratr.* BECMANNORUM Conſil. et Deciſion. P. II. Conſil. 46. nr. 6. et 7. pag. 24. und Koch über die S. C. §. 11.

27) *L. 33. pr. Cod. h. t.* — verb. ut, ſi haec fuerint ſubſecuta, non tantum in id, quod teſtator voluit eum reſtituere, condemnetur, *ſed etiam aliam tertiam partem quantitatis, quae fuerat in teſtamento derelicta, modis omnibus reddere cogatur:* ut avaritia eius legitimis ictibus feriatur. S. Weſtphals Theorie des Röm. Rechts von Teſtamenten §. 402. S. 297.

28) Oeconom. iuris. Lib. II. Tit. IV. Th. 16. not. 8. pag. 402. edit. *Haubold.*

§. 547.

Verfügungen des Erblassers zum Nachtheil des Pflichttheils gelten nicht. Was kommt bey der Berechnung des Pflichttheils in Anschlag? etwa auch die statutarische Portion?

Da der Pflichttheil den Notherben vermöge der Verordnung der Gesetze gebührt, und dem Testirer keine willkührliche Disposition darüber zusteht; so darf auch derselbe durch keine Handlung, sie geschehe unter den Lebendigen oder von Todes wegen, verkürzt werden. Daher sind alle Verfügungen des Testirers, so weit der Pflichttheil der Notherben dadurch geschmälert wird, für rechtsbeständig nicht zu halten, sondern können als pflichtwidrig angefochten werden [29]). Dahin gehören Veräußerungen unter den Lebendigen, Schenkungen [30]), Ausstattungen der Töchter [31]), Theilungen der Kinder [32]), Legate und Prälegate [33]). Diese sind in so weit, als sie den Pflichttheil verletzen, ungültig [34]), obgleich das Testament selbst dadurch in seinen übrigen Verordnungen nicht ungültig gemacht wird [35]).

Um

29) S. Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 415. folgg.

30) Vid. Tit. Cod. *de inofficios. donat.* (III. 29.)

31) *L. un. C. de inoff. dotib.*

32) *L. 6. C. de inoff. donat. L. 10. L. 21. C. famil. erciſc.* WESTENBERG Diss. IV. de portione legit. cap. 3.

33) *L. 32. C. h. t.* Gönners auserlesene Rechtsfälle und Ausarbeitungen. 1. B. Nr. XIV. §. 7. u. 8. S. 350. folg.

34) *L. 5. 6. 7. et 8. C. de inoff. donat.*

35) Gönner a. a. O. §. 9. S. 352.

Um nun aber richtig zu beurtheilen, ob eine wirkliche Verletzung im Pflichtheile vorhanden sey, so muß man bey der Berechnung desselben

1) vor allen Dingen darauf Rücksicht nehmen, wie viel die Verlassenschaft zur Zeit des Todes des Erblassers, nach Abzug der Schulden und Beerdigungskosten, beträgt [36]). Dieser Nachlaßbetrag ist jederzeit bey der Ausrechnung des Pflichttheils zum Grunde zu legen, und da durch ausgesetzte Vermächtnisse der Pflichttheil eben so wenig, als durch eine andere Verordnung des Erblassers, geschmälert werden darf, so ist derselbe vor Abzug der Legate auszurechnen, als welche der in dem übrigen Theile der Verlassenschaft eingesetzte Miterbe allein zu prästiren verbunden ist [37]). Hiernächst kommt es

2) darauf an, was der Notherbe bereits von dem Erblasser bey dessen Leben erhalten, das muß er sich, insofern es nämlich nach der Vorschrift des gemeinen Rechts conferirt werden muß, auf seinen Pflichttheil anrechnen lassen. Daher muß die verheyrathete Tochter das erhaltene Heyrathsgut, so wie der verheyrathete Sohn die für ihn vom Vater oder der Mutter bestellte donationem propter nuptias zum Pflichttheil conferiren [38]). Ferner was der verstor-

36) *L. 6. C. de inoff. testam. L. 8. §. 9. D. eodem. L. 39. D. de Verb. Significat.*

37) SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XIV. §. 61. Georg Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 1. Abth. Resp. X. Qu. 1. nr. 8—13. S. 62. folg. und Gönner a. a. O. §. 10. S. 353.

38) Nach dem ältern Rechte wurde der Tochter das Heyrathsgut auf den Pflichttheil nicht angerechnet, wie man aus der Verord.

storbene Vater für den Sohn zur Anschaffung einer käufligen Bedienung verwendet hat, davon der Sohn Einkünfte hat, und nach dessen Tode desselben Erben eine gewisse Wiederbezahlung von dem Nachfolger zu erwarten haben; dergleichen käufliche Chargen militiae genennt werden [39]). Was hingegen der verstorbene Ascendent dem im Pflichttheile eingesetzten Descendenten durch eine Schenkung unter den Lebendigen zugewendet hat, wird nur dann dem Pflichttheile angerechnet, wenn der Testirer solches entweder ausdrücklich gewollt hat, oder die übrigen Kinder ein Heyrathsgut oder eine donationem propter nuptias von dem verstorbenen Ascendenten erhalten haben, welches sie conferiren müssen [40]).

Allein

ordnung des Kaisers Alexander *L.* 1. *Cod. Gregor. de inoff. testam.* (bey SCHULTING in *jurispr. Antejustin.* p. 690.) sieht. In der *L.* 2. *Cod. Greg. eodem tit.* wird der Grund angegeben, Ea, quae ante a patre filiae in dotem data sunt, non placet computari, *quia etiam in bonis mariti sunt, et a patrimonio patris, vivente eo, separata fuerunt.* S. Westphal von Testamenten §. 391. b. S. 285. folg. Allein durch eine Verordnung des Kaisers Zeno *L.* 29. *Cod. h. t.* ist jenes Gesetz aufgehoben worden, wo es heißt: Non tantum eandem dotem vel donationem conferri, *verum etiam in quartam partem, ad excludendam inofficiosi querelam, tam dotem datam, quam ante nuptias donationem, praefato modo volumus imputari, si ex substantia eius profecta sit, de cuius hereditate agitur.*

39) *L.* 30. §. 2. *Cod. h. t.* Westphal §. 393. b.

40) *L.* 25. *pr. D. h. t. L. penult.* §. 1. *Cod. de Collation.* Hierauf zielt ohne Zweifel Justinian §. 6. *I. de inoff. testam.* wie Westphal in der Lehre des Röm. Rechts von Testamenten §. 394. b. 395. b. und 396. b. ausführlich gegen Vinnius gezeigt hat. Die Meinung des letztern, daß eine bloße Schenkung unter den Lebendigen nicht auf den Pflichttheil angerechnet

net

Allein auf den Pflichttheil wird dem Notherben auch das angerechnet, was sonst nicht conferirt wird. Dahin gehören Vermächtnisse, Fideicommisse, und Schenkungen von Todes wegen [41]). Außer diesen Fällen, wo die Gesetze namentlich gesagt haben, daß etwas in den Pflichttheil gerechnet werden soll, darf darein nichts gerechnet werden, wenn es auch gleich bey der Beerbung ab intestato zur Collation gehörte. Denn nach der ausdrücklichen Verordnung des Kaisers Justinian [42]) soll von dieser Collation auf die computationem in legitimam portionem schlechterdings kein Schluß gelten. Es soll vielmehr ein fester Grundsatz seyn: *Ea tantummodo ex his, quae conferuntur, portioni legitimae computabuntur, pro quibus specialiter legibus, ut hoc fieret, expressum est.*

3) Ist die Verletzung im Pflichttheile durch Schenkungen unter den Lebendigen geschehen; so müssen die gemachten Schenkungen wieder zu dem Vermögen des Erblassers hinzugerechnet, und darnach der Pflichttheil berechnet und ergänzt werden. Es ist also hier zugleich auf den Zustand des Vermögens zu sehen, wie es zur Zeit der Schenkung beschaffen gewesen [43]). Mit dem Begriff des Pflicht-

net werde, sucht jedoch auch *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. 31. §. 9. et 22. zu vertheidigen.

41) §. 6. *I. h. t. L. 36. pr. C. h. t. L. 8. §. 6. D. eodem. L. 3. §. 17. D. de bonis libertor.* WESTENBERG Diss. III. de portione legitima cap. 6. §. 6.

42) *L. 20. pr. C. de Collation.* Man sehe *van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. 31. §. 8. und Westphal a. a. O. §. 397. b. Anderer Meinung ist HOFACKER Tom. II. §. 1712.

43) *Nov. XCII. cap. 1.* HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 997. in fin. und Ge. Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 1. Band. Resp. X. Qu. 4. nr. 50. et 51. S. 69. folg.

Pflichttheils, der ein Theil der Intestaterbportion ist, stimmt dieß freylich nicht überein, da sich die Erbschaft eines noch Lebenden nicht denken läßt, sondern das, was er nach seinem Tode am Vermögen hinterlassen, blos dasjenige Ganze ist, woraus der Pflichttheil berechnet werden muß. Soll nun aber, zur Beurtheilung der aus einer Schenkung unter den Lebendigen herrührenden Verkürzung des Notherben im Pflichttheile nicht blos auf den Zustand des Vermögens, wie es zur Zeit des Todes des Erblassers gewesen, sondern auch zugleich auf die Zeit der Schenkung gesehen werden, so wird ja der Pflichttheil aus dem Vermögen eines noch Lebenden computirt, daher man denn freylich dem gelehrten Hommel [44]) eben nicht Unrecht geben kann, wenn er sagt: *Inofficiosam donationem partum esse deformitate insignem, quia patrimonium, quod est augmenti et decrementi capax, adeoque valde instabile, stabile supponit, atque insuper legitimam viventis computat, adeoque hereditatem spirantis adhuc hominis statuit, quo vix aliud insipidius.* Dem sey nun indessen, wie ihm wolle, so ist das Gesetz klar, welches bey einer donatione inofficiosa nicht blos auf die Zeit des Todes, sondern auch auf die Zeit der Schenkung zu sehen befiehlt, und die verschenkten Güter zu denen, welche der Donator hinterlassen hat, gerechnet wissen will, um darnach zu bestimmen, wie viel von der Schenkung zum Pflichttheil zu ergänzen sey. Die hierher gehörigen Worte der Nov. 92. Kap. 1. lauten nach Hombergk folgendermaßen: Volumus, ut si quis immensam donationem in aliquem vel aliquos ex liberis contulerit, necesse

44) Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 602.

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

neceſſe habeat in diſtributione hereditatis *tantam unicuique ex liberis ſervare partem legitimam, quanta erat, antequam pater donationem in filium, vel filios, illa honoratos, conferret.* Sic enim donationes illas non amplius accuſabunt, cum *ex tota ſubſtantia patris* legitimam habeant, atque *ea pars* in tantum *aucta* ſit, *quantum ſubſtantia patris continuit, antequam donationibus exhauriretur.* Neque liberi donationibus honorati dicant, ſe contentos eſſe immenſis illis donationibus, et velle a paterna hereditate abſtinere: ſed non cogantur quidem, ſi donationibus contenti ſint, hereditatem adire, *omni vero modo neceſſe ſit illis, fratribus inaequalitatem illam, ad eam menſuram, quam diximus, exaequare, ne illi propter immenſam donationem minus habeant, quam legibus ipſis debetur*: cum patri circa omnem ſobolem moderate affectum eſſe, illisque, qui magis ab ipſo diliguntur, plus largiri, non vero reliquos liberos, per immenſam donationem in illos factam, laedere, noſtrumque ſcopum transgredi liceat [45]). Wenn alſo z. B. ein Vater von 5 Kindern vor ſeinem Tode von ſeinem Vermögen 5000 Rthlr. verſchenkt hat, ſo kommt es darauf an, wie groß damals ſein Vermögen war. Beſtand es aus 8000 Rthlrn. und er hinterläßt nach ſeinem Tode mehr nicht als 3000 Rthlr., ſo ſind die Kinder, deren Pflichttheil hier die Hälfte des väterlichen Vermögens beträgt, daran um 1000 Rthlr. verkürzt, dieſe können ſie alſo vom Donatar zurück fordern. Hätte hingegen der Vater nach der Schenkung wieder ſoviel Vermögen erworben, daß er ſeinen 5 Kindern wenigſtens 4000 Rthlr. hinter-

45) S. Weſtphals Theorie des R. R. von Teſtamenten §. 146.

hinterläßt, so haben die Kinder gegen den Donatar keine Klage [46]). Man setze ferner, ein Vater von zwey Kindern habe dem einen bey seinem Leben ein Grundstück geschenkt, das wenigstens 3000 Rthlr. werth ist. Man nehme ferner an, sein ganzes Vermögen habe damahlen nach Abzug der Schulden in 15000 Rthlrn. bestanden. Der Vater hat das andere Kind blos im Pflichttheile eingesetzt. Er verläßt nach seinem Tode noch 12000 Rthlr. Wäre blos nach diesem Nachlaßbetrage der Pflichttheil des Kindes zu berechnen, so bekäme es nur 2000 Rthlr., denn soviel beträgt die Hälfte von dem Drittel. Allein es muß die verschenkte Summe zu dem Vermögen, welches der Vater nach seinem Tode hinterlassen hat, gerechnet, und also der Pflichttheil von 15000 Rthlr. berechnet werden. Er wird also 2500 Rthlr. betragen [47]). Endlich

4) kann überhaupt der Pflichttheil, als eine portio portionis ab intestato debitae, nur aus derjenigen Verlassenschaft berechnet werden, die dem Notherben ab intestato angefallen wäre. Diejenigen Güter können daher nicht in Anschlag gebracht werden, von denen die Notherben selbst in dem Falle, wenn der Erblasser ohne ein Testament gestorben wäre, nichts erhalten haben würden. Hiernach ist die praktisch wichtige Frage zu entscheiden, wie der Pflichttheil zu berechnen sey, wenn der überlebende Ehegatte des Erblassers mit den Notherben entweder nach gemeinen Rechten

46) HOMMEL c. l. Vol. V. pag. 16.

47) *Luc.* VAN DE POLL de exheredat. et praeteritione cap. XXXI. §. 26. pag. 175. STRUV. Syntag. iur. civ. Exercit. XL. Th. 14. und besonders *Chr.* RAU in Disput. de querela inofficiosae donationis. *Lipsiae 1775.* §. IX. pag. 29.

succedirt, oder eine statutarische Portion zugleich mit ihnen erbt? Ist hier der Pflichttheil aus der ganzen Verlassenschaft, oder erst nach Abzug des dem überlebenden gebührenden Erbantheils zu berechnen? Es bedarf gar keines Beweises, daß es in der Berechnung einen nicht unbedeutenden Unterschied macht, je nachdem der Pflichttheil aus der ganzen Verlassenschaft mit Inbegriff des dem überlebenden Ehegatten zustehenden Erbtheils, oder nach vorherigem Abzuge desselben aus dem übrigen Vermögen des Erblassers berechnet wird. Die Rechtsgelehrten theilen sich nun bey Entscheidung der aufgeworfenen Frage in zwey Partheyen. Einige [48]) behaupten, daß durch die statutarische Portion, da selbige einen Theil der Verlassenschaft ausmacht, dem Pflichttheile, welcher aus der ganzen Verlassenschaft zu berechnen sey, kein Eintrag geschehen könne.

48) CARPZOV Lib. VI. Resp. 48. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. Part. I. Obs. 190. P. III. Obs. 47. LEYSER Medit. ad Pand. Specim. XCI. medit. 5. *Io.* SCHILTER Diss. de legitimae cum quarta vel simili portione, superstiti coniugi debita, concurrentis computatione. *Altdorfi 1697.* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 16. not. 6. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 32. EMMINGHAUS ad *Eundem* c. l. not. a. WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. II. cap. 4. membr. 2. §. 4. Ebendesselben Diss. de portione statutaria in legitimam computanda. *Ienae 1776.* Georg Ludw. Böhmer auserlesene Rechtsfälle 1. Band. Resp. X. Qu. 8. S. 76. folg. Pütter auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 1. Th. Resp. CCLX. Qu. 4. nr. 38. sqq. S. 237. ff. und eines Ungenannten Abhandlung über die Frage: ob dem Pflichttheile der Vorzug vor der statutarischen Portion gebühre? Frankfurt und Leipzig 1788. 8.

ne. Andere [49]) hingegen sagen, der Pflichttheil sey nur aus demjenigen Vermögen zu berechnen, das nach Abzug der statutarischen Portion des Ehegatten übrig bleibt. Unser Autor stimmt der erstern Meinung bey. Ich halte aber die letztere Meinung für richtiger und der Natur der Sache gemäßer. Denn ist der Pflichttheil ein Theil der Intestaterbportion, wie nach den oben angeführten Gründen gar nicht mehr geläugnet werden kann, so folgt, daß er nur aus derjenigen Verlassenschaft, die dem Notherben ab intestato angefallen wäre, mithin nur aus demjenigen Vermögen berechnet werden könne, das nach vorherigem Abzuge der statutarischen Portion des Ehegatten übrig bleibt. Wollte man denselben aus der ganzen Verlassenschaft, mit Inbegriff der statutarischen Portion, berechnen, so würde daraus die Inconsequenz entstehen, daß die Notherben, welche nach dem Testamente nur ihren Pflichttheil erhalten sollen, auch von demjenigen Theile der Verlassenschaft etwas erhalten würden, von dem sie selbst in dem Falle, wenn der Erblasser ohne ein Testament gestorben wäre, nichts erhalten haben würden. Was nöthiget uns nun aber oder berechtiget uns, eine solche Ungereimtheit anzunehmen? Diese Gründe, so wie ich sie in meiner Dissertation

49) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 46. *Io. Christ.* SCHROETER Diss. de praerogativa portionis statutariae prae legitima, eiusque computatione ex bonis feudalibus noviter acquisitis. *Ienae 1725.* GMELIN in *Hofackeri* Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1716. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Tom. I. pag. 402. not. m. und Griesinger im Commentar über das Wirtembergische Landrecht. 6. Band. S. 390. not. v.

tation [50]) noch weiter ausgeführt habe, sind unumstöslich; die Gründe der entgegengesetzten Meinung hingegen, so wie sie bey Cocceji und Walch zusammengestellt sind, sind so schwach und unbedeutend, daß es mehr scheint, die Anhänger derselben seyen durch den gewaltigen Strohm der Praxis mit fortgerissen worden, als daß sie diese Meinung aus Ueberzeugung vertheidiget hätten. Man denke nur den Schluß, den man von Schenkungen und Vermächtnissen auf die statutarische Portion macht; gleichsam als ob die letztere eben so, wie Vermächtnisse und Schenkungen, blos von der Disposition des Erblassers abhange. Und was soll denn hier der Grundsatz, daß Statuten streng und soviel möglich dem gemeinen Rechte gemäß zu erklären sind, bey unserer Frage entscheiden, da die gemeinen Rechte so oft und nachdrücklich einschärfen, daß der Pflichttheil ein Theil der Intestatportion seyn [51])? Von der mißverstandenen Novelle 18. Kap. 1. will ich gar kein Wort mehr verlieren, da ich schon oben (S. 39.) ausführlicher davon geredet habe.

Eine andere Frage ist, ob der hinterbliebene Ehegatte, welcher entweder nach gemeinen, oder statutarischen Rechten miterbt, auch mitzuzählen sey, um zu bestimmen, ob der Notherbe die Hälfte, oder ein Drittel seiner Intestatportion verlangen könne? Cocceji [52]) läugnet, daß der Ehegatte bey Bestimmung des Pflichttheils mitzuzählen sey; ich

50) De constituenda legitimae portionis parentum quantitate. Sect. II. §. 23. Fascic. III. *Opusculor.* pag. 159. seqq.

51) Man sehe auch noch Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 913.

52) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 30. auch MALBLANC in Digest. P. II. Sect. II. §. 701.

ich hingegen habe in meiner Dissertation [53]) mit Gerstlacher [54]) die bejahende Meinung vertheidiget, und was Herr Griesinger [55]) dagegen erinnert, hat mich so wenig des beschuldigten Irrthums überführt, als andere berühmte Rechtsgelehrten [56]) abgeschreckt, meiner Meinung beyzustimmen. Ist der Pflichttheil ein Theil der Intestatportion, so müssen nothwendig bey der Bestimmung desselben alle diejenigen mitgezählt werden, welche neben den Notherben und mit ihnen zugleich zur Intestaterbfolge berufen sind, und es ist ganz falsch, wenn Herr Griesinger [57]) diesen Satz nur auf solche Intestaterben einschränken will, die an dem den Notherben nach dem Römischen Rechte zu ihrem Pflichttheile ausgesetzten Drittel oder der Hälfte der Verlassenschaft miterben, und also dieses Drittel oder diese Hälfte durch ihren Beytritt und reelle Theilnahme an demselben schmälern. Das Gegentheil

53) Cit. loc. pag. 170. seqq.

54) Beweis einer neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils der Eltern, Kinder und Geschwister, wenn der überlebende Ehegatte miterbt. Stuttgard 1772. 4. Die übrigen Streitschriften, welche durch diese Abhandlung veranlaßt worden sind, findet man in meiner Diss. c. l. not. 43. pag. 164. angeführt.

55) Commentar über das Wirtembergische Landrecht. 6. Band. S. 392. u. 396.

56) HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Tom. I. pag. 402. not. m. und Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 913. S. 133.

57) a. a. O. S. 396.

lehrt offenbar Ulpian [58]), wenn er sagt: exheredatum *partem facere*, qui non queritur: das heißt, der enterbte Sohn sey bey der Berechnung des Pflichttheils der übrigen darauf eingesetzten Kinder mitzuzählen, eben so, als ob er mit Antheil nehme, wenn er gleich keinen Theil erhält. Nun ist der überlebende Ehegatte, sofern er mit den Verwandten des Erblassers nach gemeinen oder nach statutarischen Rechten succedirt, ohne Zweifel als Miterbe anzusehen [59]), ja von mehreren Rechtsgelehrten [60]) wird der hinterbliebene Ehegatte in Rücksicht des ihm gebührenden Erbtheils sogar für einen Notherben gehalten; er muß also auch eben so gut, wie das enterbte Kind, wenn andere Notherben da sind, mitgezählt werden, um zu bestimmen, ob der Notherbe die Hälfte, oder ein Drittel seiner Intestatportion verlangen könne, wie auch Herr Prof. Thibaut [61]) ganz richtig behauptet. Herr Hofrath Gmelin [62]) will den Mittelweg einschlagen. Observandum est, so schreibt er in dem Hofackerischen Pandectensystem, quod, quamvis coniux

58) *L. 8. §. 8. D. h. t.* S. Westphal §. 395. a. S. 281.

59) S. meine systemat. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 143. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. III. Obs. 410. und *Aug. Frid. Sig.* GREEN Progr. an vidua, quae statutariam portionem capit, pro herede mariti habenda sit? *Lipsiae 1776.*

60) Hugo Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts §. 105. Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 912. und selbst Griesinger im Commentar über das Wirtembergische Landrecht 6. Band. §. 97. S. 416.

61) System des Pandectenrechts 2. Th. §. 913. S. 133.

62) Princip. iur. civ. T. II. §. 1716. pag. 900.

coniux ſuperſtes quoad eam partem, quae *portionis ſtatutariae* nomine venit, cum liberis concurrat, *iisque partem faciat*, is tamen a reliqua hereditatis parte, quae ad liberos parentibus ab inteſtato ſuccedentibus pervenit, prorſus excluſus ſit, *ac in ea ne*[63]) *numerum quidem eo effectu facere poſſit, ut propterea quatuor liberis, coniuge adiecto, nunc ſemis portionis ab inteſtato debitae tribuenda ſit.* Nach dieſer Meinung ſoll alſo der überlebende Ehegatte zwar mitzuzählen ſeyn, um zu beſtimmen, wie viel der Inteſtaterbtheil der Kinder betrage, allein deſſen Daſeyn ſoll nichts zur Vermehrung des Pflichttheils der Kinder beytragen, ſo daß wenn auch mit dem Ehegatten vier Kinder concurriren ſollten, der Pflichttheil derſelben doch darum die Hälfte ihres Antheils an der Inteſtaterbſchaft nicht betrage. Allein der Grund, daß der überlebende Ehegatte mit den Kindern in der geſetzlichen Erbfolge in keine Con-

 currenz

63) In der erſten Ausgabe der Hofackeriſchen Princip. iuris civ. Tom. II. pag. 900. heißt es: ac in ea *re*. Durch dieſen Druckfehler ſind verſchiedene Rechtsgelehrten verleitet worden, zu glauben, Herr Hofr. Gmelin ſtimme auch für die Meinung, daß der überlebende Ehegatte zur Vermehrung des Pflichttheils den Kindern zu ſtatten kommen könne, ſo daß wenn deren 4 wären, und der überlebende Ehegatte mit gerechnet würde, nun der Pflichttheil derſelben die Hälfte ihres Inteſtaterbtheils betrage. Man ſehe Grieſinger, Haubold und Thibaut a. a. O. Allein in dem Critiſchen Archiv der neueſten juridiſchen Litteratur und Rechtspflege, herausgegeben von Danz, Gmelin und Tafinger, 3. Bandes 3. Heft S. 476. iſt klar erwieſen, daß jene Worte: ac in ea *re* einen Druckfehler enthalten, und ſtatt *re* vielmehr *ne* geleſen werden müſſe, wie auch ſchon das ſogleich nachfolgende *quidem* zu erkennen giebt.

currenz komme, da er die statutarische Portion als eine Schuld des Erblassers hinwegnehme, scheint mir auf einer falschen Voraussetzung zu beruhen, als ob der überlebende Ehegatte in Rücksicht der ihm gebührenden Portion nicht als Miterbe zu betrachten sey, wovon ich mit Herrn Justizrath Eminghaus [64]) das Gegentheil erwiesen habe [65]). Hiernächst habe ich mich schon oben [66]) über das Seltsame der Behauptung, daß Jemand bey der Bestimmung des Pflichttheils zwar als partem faciens, aber nicht als numerum faciens mit gezählt werden könne, ausführlicher erklärt. Ich sehe daher noch zur Zeit keinen hinreichenden Grund, von der in meiner Dissertation vertheidigten Meinung abzugehen.

Noch ist die Frage übrig, ob bey der Bestimmung des Pflichttheils die nach dem sächsischen Rechte den Töchtern aus der mütterlichen Erbschaft gebührende Gerade, desgleichen ob das den Söhnen aus der väterlichen Erbschaft zum Voraus gebührende Heergeräthe mit in Anschlag zu bringen sey? Auch diese Frage ist nicht minder streitig. Bürth [67]) und Böhmer [68]) bejahen dieselbe aus dem Grunde, weil sowohl die Gerade als die zum Heergeräthe gehörigen Stücke einen Theil des von dem Verstorbenen nach-

64) Rechtliche Erörterung der Frage: in wiefern die noch nicht anerkannte statutarische Portion auf die Erben übergehe? Weimar 1784. §. 10. 11. u. 12.

65) S. meine Diss. §. 23. not. 50.

66) §. 544. S. 58. folg.

67) Dissensuum in praxi, praeprim. iure Saxon. occurrent. Centur. IX. Diss. 804.

68) Auserlesene Rechtsfälle 1. Band. Respons. 10. Quaest. 2. et 3. S. 64. folgg.

nachgelassenen Vermögens ausmachen, bey Bestimmung des Pflichttheils aber der ganze Nachlaß des Verstorbenen, so wie er nach Abzug der Schulden bey dessen Tode gewesen, in Anschlag gebracht werden müsse. Carpzov[69]) hingegen und Joh. Gottfr. Hartung[70]) behaupten, daß die Gerade, so wie das Heergeräthe, zuvor von der Erbschaftsmasse abzuziehen, und dann, nach Abzug derselben, der Pflichttheil zu bestimmen sey. Diese letztere Meinung verdient allerdings darum den Vorzug, weil sonst die Brüder an der Gerade der Schwestern, und diese an dem Heergeräthe der Brüder Antheil nehmen würden, welche doch die Gesetze ausdrücklich davon ausschließen. Darin stimmen aber alle Rechtslehrer[71]) miteinander überein, daß die Gerade den Töchtern, so wie das Heergeräthe den Söhnen auf den Pflichttheil anzurechnen sey; was jedoch durch diese Imputation an der Erbmasse gewonnen und erhalten wird, kommt nicht den Pflichttheilsberechtigten, sondern demjenigen zu statten, der das übrige Vermögen außer dem Pflichttheil erhält[72]).

§. 548.

69) Iurispr. for. P. III. Constit. XI. Definit. 3.

70) Diss. iuris Sax. de imputatione geradae in legitimam. *Vitembergae 1713.* Cap. VI. §. 5. et 6.

71) CARPZOV c. l. Definit. 2. et 9. WERNHER Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 440. et P. X. Obs. 310. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 16. not. 5. Tom. I. pag. 400. edit. *Haubold.* LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. XCI. medit. 7. KIND Quaest. for. Tom. I. cap. 21.

72) CARPZOV cit. loc. Definit. 4. HARTUNG cit. Diss. Cap. VI. §. 7.

§. 548.

Wieweit trägt der Notherbe zur Bezahlung der Schulden des Erblaßers bey? Kann er den Pflichttheil bey Lebzeiten des Erblassers fordern? Unter welchem Titel und aus welchen Gütern ist der Pflichttheil zu hinterlassen?

Es ist bereits bemerkt worden, daß bey der Berechnung des Pflichttheils, um das richtige Quantum desselben zu bestimmen, zuvörderst die Schulden abgerechnet werden müssen, welche auf dem Vermögen des Verstorbenen haften, nach der Regel: bona non intelliguntur, nisi quae deducto aere alieno supersunt[73]). Zu diesen Schulden werden auch die Beerdigungskosten mitgerechnet. Quarta autem, sagt **Ulpian**[74]), accipietur scilicet deducto aere alieno et funeris impensa. Es fragt sich nun also, wieweit der Notherbe zur Bezahlung der Schulden des Erblassers mit beytragen müsse? Hier ist Folgendes zu bemerken.

1) Wenn dem Notherben sein Pflichttheil in einer bestimmten Sache angewiesen worden, mit der er sich begnügen soll, so braucht er zur Bezahlung der Schulden nichts beyzutragen, wenn er gleich in der Sache, die ihm zum Pflichttheil angewiesen ist, wäre zum Erben eingesetzt worden. Denn diejenigen, welche unter mehreren Miterben nur auf eine gewisse Sache eingesetzt sind, werden in Ansehung der übrigen als bloße Legatarien angesehen, und bezahlen daher auch keine Schulden[75]). Diese Verordnung ist

73) *L. 39. §. 1. D. de Verb. Signif.*

74) *L. 8. §. 9. D. h. t.*

75) *L. 13. Cod. de heredib. instituend.* Quoties certi quidem *ex certa re scripti sunt heredes*, vel *certis rebus* pro sua institutione, con-

ist allgemein, und findet also auch bey Notherben ihre Anwendung[76]). Denn auch diesen kann der Pflichttheil in gewissen Sachen angewiesen werden, wenn man sie darin zu Erben einsetzt[77]).

2) Sind hingegen die Notherben überhaupt zu Erben eingesetzt, aber doch dabey verordnet, daß sie blos den Pflichttheil haben sollen, so müssen sie zwar als Miterben die Schulden des Erblassers mit tragen; allein finden sich dabey Schwierigkeiten, so können sie verlangen, daß ihnen der Pflichttheil vorläufig ohne Abrechnung der Schulden gegeben werde, dagegen leisten sie Caution, daß sie ihren Antheil zur Bezahlung der Schulden, sobald das Liquidum derselben constituirt seyn wird, beytragen wollen[78]). Es kann auch den Notherben nach dem Verhältniß ihres Pflichttheils ein Theil der erbschaftlichen Schulden zur Bezahlung überwiesen werden[79]).

Da

contenti esse iussi sunt, quos *legatariorum loco* haberi certum est; alii vero ex certa parte, vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur: *eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti, vel conveniri decernimus, qui ex certa parte, vel sine parte scripti fuerint,* nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.

76) Man sehe hier LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 45. vorzüglich aber *Io. Ad. Theoph.* KIND Quaestion. for. Tom. III. cap. 20.

77) *Nov. CXV. cap. 5.* Eine nähere Erläuterung dieser Stelle am Ende dieses §.

78) Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 396. S. 282.

79) LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 44. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1712. nr. II. pag. 893.

Da der Pflichttheil ein Theil der Erbschaft ist, so kann er bey Lebzeiten desjenigen nicht gefordert werden, der solchen dem künftigen Notherben zu hinterlassen schuldig ist. Es ist daher eine Regel: *Sicut hereditas viventis, ita et legitima viventis nulla est* [80]). Auch nicht einmal in dem Falle, da der Vater eine verschwenderische Lebensart anfängt, sind die Kinder befugt, den Pflichttheil von demselben bey dessen Lebzeiten zu fordern, sondern sie können nur allenfalls Maasregeln zu ihrer Sicherheit mit Hülfe der Obrigkeit ergreifen [81]). Ja wenn auch der Sohn eines Juden zur christlichen Religion übergehet, kann dennoch desselben Vater rechtlich nicht angehalten werden, daß er ihm den Pflichttheil bey seinem Leben geben solle. Berlich [82]) und Carpzov [83]) wollen zwar das Gegentheil behaupten; allein ihre Gründe sind unbedeutend, und schon längst von Gustav Heinr. Mylius [84]) und Joh. Wilh. Hoffmann [85]) gründlich widerlegt worden. Heutiges Tages kann es indessen nach den besondern Rechten der teutschen Provinzen zuwei-

80) S. *Chr.* THOMASII Diss. de legitima viventis. *Halae 1700.* (in EIUS *Dissertation.* Tom. II. pag. 408. sqq.)

81) VOET h. t. §. 51. HUBER praelect. ad Institution. h. t. §. 9. besonders WESTENBERG Diss. III. de portione legitima cap. 5. §. 12—16. Man sehe auch HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1712. not. c.

82) Conclus. practic. P. III. Concl. 14. nr. 31.

83) Definit. for. P. III. Constit. XII. definit. 10.

84) Diss. de patre iudaeo alimenta, sumtus studiorum, et legitimam filio christiano denegante. *Lipsiae 1740.* §. 18.

85) Observation. quae ad usum fori spectant, fascicul. (*Francof. ad Viadr.* 1736. 4.) Diss. VI. Obs. 47. pag. 110. sqq.

zuweilen Fälle geben, wo die Eltern schon bey ihrem Leben den Kindern den Pflichttheil zu geben schuldig sind [86]) welche aber nicht hierher gehören.

Es entsteht nun hiernächst die Frage, unter welchem Titel der Pflichttheil dem Notherben zu hinterlassen sey? Hier ist

1) soviel gewiß, daß nach dem ältern römischen Rechte der Notherbe nicht zum Erben eingesetzt zu werden brauchte, sondern der Erblasser konnte ihm den Pflichttheil auch blos titulo singulari, als ein Legat oder Schenkung von Todes wegen, hinterlassen [87]). Nur bey Söhnen, die noch unter väterlicher Gewalt standen, mußte eine Einsetzung oder Enterbung hinzukommen. Hatte der Vater seinen Sohn auch ohne eine hinlängliche Ursache enterbt, er hatte ihm aber doch soviel durch Vermächtniß oder unter einen andern singulären Titel hinterlassen, als der Pflichttheil betrug, so konnte das Testament nicht angefochten werden [88]). War hingegen nicht soviel verlassen worden, daß der Sohn den

86) Man sehe z. B. des Stifts Würzburg und Herzogthums zu Franken kaiserliche Landgerichtsordnung 3. Th. Tit. 31. (in Collect. statutor. provincial. adject. *de* LUDOLF *Observation. for.* P. III.) und *Lud. Ad.* SEGNITZ Diss. de legitima liberorum Franconica. *Altdorfii 1705.*

87) §. *ult. I. h. t. Nov. XVIII. cap. 1.*

88) *L. 8. §. 6. D. h. t.* Si quis mortis causa filio donaverit quartam partem eius, quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamilias decessisset, *puto secure eum testari;* d. i. er kann getrost den Sohn enterben, ohne die Inofficiosität sklage zu befürchten. S. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 433. S. 122.

den vollkommenen Pflichttheil hatte, so fand die Inofficiositätsklage Statt, wofern nicht der Vater ausdrücklich verordnet hatte, daß der sich etwa findende Defect am Pflichttheile ergänzt werden solle, oder die ernannten Erben des verkürzten Sohns Geschwister waren; in diesem oder jenem Falle konnte bloß auf Ergänzung des Pflichttheils geklagt werden [89]). Uebrigens war kein Unterschied zwischen Kindern, Eltern und Geschwistern. Allein

2) nach der Nov. 115. Kap. 3. u. 4. müssen Kinder und Eltern, die eine Enterbung nicht verdient haben, nothwendig zu Erben eingesetzt werden. Es soll durchaus nicht mehr erlaubt seyn, Kinder oder Eltern nach Gefallen zu enterben oder gar zu übergehen, und ihnen allenfalls den Pflichttheil als ein Legat oder als eine Schenkung, oder unter irgend einem andern singulären Titel zuzuwenden; sondern man soll sie zu Erben einsetzen, wenn man keine rechtmäßige Ursache hat, sie auszuschliessen. Sancimus igitur, sagt Justinian Kap. 3. der angeführten Novelle nach Zombergk, ne ullo modo patri aut matri, avo aut aviae, proavo aut proaviae, filium suum, aut filiam, aut reliquos liberos in testamento suo praeterire vel exhaeredare liceat, (*etsi* [90]) *quacunque donatione, vel legato, vel fideicommisso, vel alio quocunque modo partem legibus illis debitam dederint*) nisi forsan ingrati probentur, et parentes ipsas ingratitudinis causas nominatim in testamento suo scripserint; und Kap. 4. heißt es: Sancimus igitur, ne liberis parentes suos praeterire vel eos quo-

89) *L. 4. C. Th. h. t.* PAULUS *Recept. Sentent.* Lib. IV. Tit. V. §. 7. Westphal a. a. O. §. 435. u. 436.

90) Die Vulgata hat nec si. Allein *κἂν εἰ* ist soviel als etsi.

quocunque modo a rebus suis, in quibus potestatem testandi habent, plane excludere liceat, nisi causas, quas enumerabimus, in testamentis suis specialiter scripserint. Ueber den Sinn dieser Verordnung wird nun zwar sehr gestritten. Mehrere Rechtsgelehrte[91]) wollen sie nämlich dahin erklären, daß man seine Kinder oder Eltern in dem Pflichttheile selbst zu Erben einsetzen müsse, wenn das Testament unangefochten bleiben soll. Sie glauben also, daß nach der Novelle 115. den Kindern und Eltern ihr Pflichttheil unter keinem speciellen Titel hinterlassen werden könne, sondern schlechterdings *titulo institutionis* verlassen werden müsse. Allein wie wenig dieß die Meinung des Gesetzgebers gewesen sey, ergiebt sich aus der Absicht seiner Verordnung, worüber sich Justinian Kap. 5. der gedachten Novelle folgendermaßen erklärt: Haec vero dispositimus, *ut tam parentes, quam liberos testamentorum iniuria liberemus.* Si vero quidam heredes nominati fuerint, etsi certis rebus contenti esse iubeantur, hoc quidem casu testamentum non subuerti praecipimus, quod vero illis minus legitima parte relictum est, hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleatur. *Unica enim est Sere-*

91) HOTTOMANN. Disput. de quarta legit. cap. VI. §. 34. MERLINUS de legitima lib. V. T. I. Qu. I. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 15. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLVI. medit. 1. et 2. *Tob. Iac.* REINHARTH Select. Observat. ad *Christinaei* Decisiones Vol. I. Obs. 71. *Petr. de* TOULLIEU Diss. de portione legitima titulo institutionis relinquenda. (in EIUS *Collectan. iuris civ.* Diss. IX. pag. 283.) WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. 4. membr. 2. §. 7. pag. 198.

Serenitatis noſtrae cura, ut iniuriam praeteritionis et exheredationis parentum et liberorum tollamus. Hier ſagt Juſtinian ausdrücklich, ſeine Abſicht gehe blos dahin, durch ſeine Verordnung zu verhüten, damit den Kindern oder Eltern nicht ohne hinlänglichen Grund das Unrecht und die Schande der Enterbung oder Präterition widerfahre. Dieſes Unrecht trift nun aber die Kinder oder Eltern nicht, ſobald ſie zu Erben eingeſetzt ſind, ſey es auch in der geringſten Sache. Denn das Fehlende muß der Miterbe ergänzen, ohne daß das Teſtament deshalb angefochten werden darf. Nach dieſer Anſicht iſt es daher der Vorſchrift des Geſetzes keinesweges zuwider, wenn den Kindern oder Eltern ihr Pflichttheil auch unter einem ſpeciellen Titel hinterlaſſen wird, wofern ſie nur auch zugleich zu Erben eingeſetzt ſind. Wenn alſo der Teſtirer z. B. ſagt: Meine Kinder ſollen meine Erben ſeyn, doch ſoll ſich mein älteſter Sohn mit meinem Wohnhauſe begnügen, welches ich ihm hiermit ſtatt des Pflichttheils vermache, oder er ſagt: ich ſetze meinen Vater und meine Ehefrau zu meinen Erben ein, jedoch ſoll ſich mein Vater mit dem Pflichttheile begnügen, weshalb ich ihm hiermit ein Legat von 1000 fl. ausſetze; ſo iſt das Teſtament nicht ungültig[92]). Nur dann

92) Mit mir ſtimmen überein CUJACIUS Expoſit. ad Nov. 18. BACHOVIUS ad *Treutlerum*. Vol. I. Diſſ. XIII. Th. 12. lit. A. *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. XXV. §. 1. 2. WESTENBERG Diſſ. IV. de portione legitima cap. 1. §. 7. et 8. VINNIUS Commentar. ad §. 6. I. h. t. nr. 4. et 5. PUFFENDORF Obſervation. iur. univ. Tom. IV. Obſ. 44. *Ioſ.* FINESTRES

dann könnte es bestritten werden, wenn den Kindern oder Eltern der Pflichttheil wäre hinterlassen worden, ohne sie zugleich zu Erben einzusetzen. Es ist indessen nicht nöthig, daß man gerade den Ausdruck zum Erben einsetzen brauche, auch andere Ausdrücke genügen, welche nach dem deutschen Redegebrauch eine Erbeseinsetzung andeuten, z. B. ich hinterlasse meinem Sohn, meiner Tochter den Pflichttheil; mein Sohn soll den Pflichttheil haben; oder ich vermache meinen Eltern den Pflichttheil[93]); oder, meine Kinder sollen sich mit dem begnügen, was sie schon von mir bey meinem Leben bekommen haben[94]). Der Testator muß nur nicht einen andern daneben zu seinen alleinigen und Universalerben einsetzen, und dadurch implicite erklären, daß der Pflichttheilsberechtigte nicht Erbe seyn

STRES Praelect. ad Tit. Pandectar. de liberis et postum. P. III. cap. I. §. 7. et 8. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. de succession. §. 146. not. g. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 473. Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 915. Griesinger Commentar über das Wirtembergische Landrecht 6. Band. §. 91. S. 382. folgg.

93) LEYSER Specim. 356. med. 2. PUFFENDORF Observation. iur. univ. Tom. IV. Obs. 45. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. IV. Obs. 547. Griesinger a. a. O. S. 384.

94) Daß das Testament in einem solchen Falle nicht angefochten werden könne, sondern allenfalls die suppletorische Klage Statt finde, zeigen LEYSER Specim. CCCLVI. med. 9. *de* BEHMER in novo iure controv. Tom. II. Obs. 61. und Höpfner im Commentar §. 473. Not. II. S. 518.

solle [95]). Bey den Geschwistern ist es anders. In Ansehung derselben ist das ältere Recht unverändert geblieben [96]).

Da übrigens der Pflichttheil ein durch die Gesetze bestimmter und gegebener Erbtheil ist, der mit den sämmtlichen Theilen der Verlassenschaft in einer verhältnißmäßigen Verbindung steht, und sich nach der Proportion seines Betrags auf alle Stücke des Nachlasses erstreckt; so können freylich dieser Allgemeinheit seines Einflusses und seiner Wirkungskraft von dem Testirer keine den Pflichttheil beschwerende Schranken gesetzt werden. Daher muß

1) der Pflichttheil aus der Substanz der Güter selbst hinterlassen, und nicht etwa blos aus künftigen Revenüen der Masse angewiesen werden [97]). Nach dem ältern Rechte mußte sich zwar der Notherbe auch die genossenen Früchte auf seinen Pflichttheil anrechnen lassen, wenn ihm auferlegt war, die Erbschaft als ein Fideicommiß nach Ablauf einer bestimmten Zeit an einen Andern wieder abzuliefern [98]). Allein Justinian änderte dieses zuerst in Ansehung

95) REINHARTH Select. Observation. ad *Christinaeum*. Vol. IV. Obs. 17. Strubens rechtliche Bedenken 3. B. 18. Bed. Höpfner a. a. O. S. 512. Griesinger a. a. O.

96) HOFACKER T. II. §. 1717. Thibaut a. a. O.

97) WESTENBERG Diss. IV. de portione legitima Cap. II. §. 5. Geiger und Glück merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 2. B. Nr. XVI. §. 2. S. 4.

98) Der Grund war, weil man den Pflichttheil nach der Falcidie beurtheilte, bey welcher auch die Einrechnung der Früchte gewöhnlich war. *L. 8. §. 11. D. h. t.* Westphals Theorie von Testamenten §. 401. S. 296.

sehung der Söhne [99]), nachher aber allgemein ab [100]). Es darf auch

2) der Pflichttheil nicht blos auf gewisse Sachen, geschähe es auch erbeinsetzungsweise, eingeschränkt werden. Der Notherbe, dem eine solche Verfügung des Erblassers zum Nachtheil gereicht, ist nicht schuldig, sich hierbey beruhigen zu müssen [1]). Zwar kann deshalb das Testament nicht umgestossen werden, aber hierdurch ist dem Notherben der Weg, sich von der ihm aufgelegten Beschwerde frey zu machen, nicht abgeschnitten. Unser Verfasser meint zwar, wenn die dem Notherben erbeinsetzungsweise angewiesene Sache keine Läsion in dem Quantum des Pflichttheils enthalte, so müsse sich der Notherbe damit begnügen. Eben so Stryk [2]). Auch Westphal [3]) sagt, die Sachen, welche der Erblasser auf den Pflichttheil angewiesen, müsse der Sohn annehmen; nur, wenn sie zum Pflichttheil zu wenig sind, stehe ihm die Erfüllungsklage zu. Alle stützen sich auf die oben (S. 113) angeführten Worte aus dem Kap. 5. der Nov. 115. Nur Anton Faber [4]) beruft sich auf die *L. ult. C. famil. erciſc.* nach welcher sich die Kinder die von dem Vater unter ihnen gemachte Theilung sollen ge-

99) *L. 6. Cod. ad SCtum Trebell.*

100) *L. 36. Cod. de inoff. testam.* Westphal §. 398. b.

1) Man sehe hier vorzüglich die gemeinnützigen juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsäßer. 4. Bd. Nr. XVI. S. 229. folgg.

2) Cautel. testamentor. Cap. XVII. membr. 2. §. 12.

3) Theorie von Testamenten §. 399.

4) De erroribus Pragmaticor. et Interpret. iuris. Decad. XV. Err. 2.

fallen lassen, und eine solche Disposition bey Kräften bleiben soll, *etiamsi solennitate legum huiusmodi dispositio fuerit destituta.* Allein es war Justinians Absicht keinesweges, hier dem Testirer eine Pflichttheils-Beschwerung zu erlauben, sondern er will nur, daß ein solches Testament, in welchem der Testirer seinen Eltern oder Kindern gewisse einzelne Sachen, aber erbeinsetzungsweise, angewiesen, und, daß sie damit zufrieden seyn sollten, verordnet hätte [5]), auf keine Weise angefochten werden solle. Er sagt aber nicht, daß diese Personen, denen der Pflichttheil gebührt, mit den ihnen bestimmten Sachen zufrieden seyn müßten, sondern er will vielmehr, daß dasjenige, was ihnen am Pflichttheil abgeht, ergänzt werde. Nun besteht diese Ergänzung nicht blos darin, daß ihnen etwa aus der Verlassenschaft noch so viel nachgezahlt werde, als der Werth der ihnen ausgesetzten Sachen weniger, als der Pflichttheil, beträgt. Nein, nach den Grundsätzen, welche uns die Gesetze von dem Pflichtheile an die Hand geben, geht den Notherben mehr ab, nämlich ein ihnen an den sämmtlichen Gütern des Erblassers, die ihnen angewiesenen Sachen ausgenommmen, gebührender, dem Pflichttheil gemäser Antheil. Also muß ihnen dieses ergänzt werden.

5) BERGER in Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 15. Not. 9. sagt, die Worte im 5. Kap. der Nov. 115. „*etiamsi certis rebus iussi fuerint esse contenti*“ seyen nicht Worte des Gesetzes, sondern des Testirers, mithin bleibe den Kindern unbenommen, diese Beschwerde zu rügen. Auch WERNHER in Observation. for. T. I. P. I. Obs. 185. führt bey einem Rechtsfalle aus, daß die Kinder nicht schuldig wären, sich mit einzelnen Erbstücken wegen des ihnen gebührenden Pflichttheils abfinden zu lassen.

den [6]). Die *L. ult. C. fam. erciſc.* redet nicht von dem Pflichttheile der Kinder, und gehört also nicht hierher, sie müßte auch den neuern Verordnungen des Kaisers Justinian weichen, nach welchen der Pflichttheil auf keine Weise beschwert werden soll. Diesen Grundsatz hat Justinian in jenem Novellentext weder ändern noch modificiren wollen. Auf jeden Fall müssen jedoch

3) die Miterben wegen dessen, wodurch der Notherbe seines Pflichttheils wegen abgefunden worden, die Gewähr leisten [7]). Ob nicht auch

4) den Notherben wegen ihres Pflichttheils ein stillschweigendes Pfandrecht auf dem Nachlasse des Verstorbenen zustehe, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige [8]) bejahen diese Frage in dem Falle, wenn der Pflichttheil im Testament hinterlassen worden, oder wenn auf dessen Erfüllung geklagt wird; verneinen sie hingegen, wenn der Pflichttheil vermöge gesetzlicher Verordnung gefordert wird; z. E. wenn das Kind, welches die Nullitäts- oder Inofficiositätsklage anstellen könnte, sich dennoch blos mit dem Pflichttheile begnügen will. Andere [9]) läugnen schlechterdings,

6) S. Elsässer in den angef. Beobachtungen §. 159.

7) *L. 36. pr. C. h. t.* — Sancimus itaque, in omnibus istis casibus, *sive in totum evictio subsequatur, sive in partem*, emendari vitium, et vel aliam rem vel pecunias restitui, vel repletionem fieri, nulla Falcidia interveniente. S. Westphal §. 398. b.

8) NEGUSANTIUS de pignorib. et hypoth. P. II. membr. 4. nr. 164. pag. 204. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 16. not. 9.

9) DECIUS Consil. 235. LAUTERBACH Tr. de legalibus s. tacitis hypothecis. Th. 48. LUDOLPH Symphor. Decis. et Consult.

dings, daß den Notherben des Pflichttheils wegen eine Hypothec zustehe, weil kein Gesetz vorhanden sey, welches ihnen dergleichen Pfandrecht auf dem Vermögen des Erblassers ertheile. Allein nach der richtigeren Meinung der Rechtsgelehrten [10]) ist ein Unterschied zu machen, ob der Pflichttheil den Personen, welchen er gebührt, titulo legati, oder ob er ihnen titulo heredis hinterlassen worden ist. In dem ersten Falle haben die Pflichttheilsberechtigten, gleich jedem fremden Legatar, eine stillschweigende Hypothec, in dem letzten Falle hingegen kommt ihnen solche darum nicht zu, weil den Erben oder Miterben kein Gesetz ein Pfandrecht an dem Vermögen des Erblassers ertheilt.

§. 549.

Erörterung einiger den Pflichttheil in Absicht auf die Berechnung desselben betreffender streitiger Rechtsfragen.

Es sind nun noch einige streitige Rechtsfragen übrig, die sich zwar aus den bisher vorgetragenen Grundsätzen leicht entscheiden lassen, die aber doch wegen der Verschiedenheit der Meinungen unter den Rechtsgelehrten eine besondere Erörterung verdienen. Dahin gehört

1) die

Tom. I. Nr. 43. pag. 1165. Gmelin Ordnung der Gläubiger. Kap. 4. §. 18 am Ende.

10) *Reinh.* BACHOVIUS in Tr. de pignorib. et hypothec. Lib. I. cap. 10. nr. 7. WESTENBERG Diss. IV. de portione legitima. Cap. IV. §. 14. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris. Tom. I. pag. 402. not. o. *Ferd. Aug.* MEISSNER vollstaendige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte. II. Th. (*Leipzig* 1804. 8.) §. 181. pag. 474.

1) die sehr bestrittene Rechtsfrage, ob ein rechtmäßig enterbtes Kind bey der Berechnung des Pflichttheils der übrigen darin eingesetzten Kinder mitzuzählen sey[11])? Will man diese Frage gründlich entscheiden, so kommt es auf drey Fragen an.

I. Ist der Enterbte mitzuzählen, um zu bestimmen, ob der Pflichttheil der übrigen Kinder die Hälfte oder nur ein Drittel ihrer Intestat-Portion betrage? (an exheredatus *numerum faciat*?) Diese Frage ist besonders in dem Falle sehr interessant,

11) Dieser Streitfrage sind vorzüglich folgende Schriften gewidmet. *Gebh. Christ.* BASTINELLER Diss. I. et II. de usu theoretico et practico quaestionis: an filius iuste exheredatus in computatione legitimae inter liberos connumerandus sit, nec ne? *Halae 1712. Christ. Henr.* BREUNING Dissert. iur. civ. de filio iuste exheredato connumerando in constituenda legitimae quantitate. *Lipsiae 1753.* LENTZ Diss. an iuste riteque exheredatus in computatione legitimae sit connumerandus, *Francof. 1774.* praes. *Ioach. Ge.* DARIES def. *Car. Iac.* SCHEUFFELHUTH Diss. de eo, quod iustum est in exheredato, praecipue in legitima computanda, praes. *Io. Christ.* WOLTAER, *Halae 1795.* (unter allen die schlechteste), eine der besten und gründlichsten Schriften hingegen ist *Henr.* COCCEJI Diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt. *Francof. ad Viadrum 1717.* Ausser diesen handeln davon *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 18. *Io. Christ.* CLAPROTH Diss. de computo legitimae secundum personas. *Goett. 1739.* §. XI. seqq. *Arn.* VINNIUS select. iuris Quaestion. Lib. I. Qu. 21. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 5. und der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. Band. Medit. 84.

wenn ein Vater von fünf Kindern eins rechtmäsig enterbt hat. Denn wird hier das enterbte Kind mitgezählt, so kann jedes der übrigen auf den Pflichttheil eingesetzten Kinder die Hälfte seiner Intestat-Portion verlangen. Es giebt über diese Frage dreyerley Meinungen. Einige [12]) entscheiden dieselbe verneinend, und setzen den Entscheidungsgrund darin, daß ein Enterbter in den Gesetzen [13]) einem Todten gleichgeachtet werde. Er sey also auch bey der Bestimmung des Pflichttheils als ein solcher anzusehen, der nicht existire. Allein die Gesetze, in welchen gesagt wird: *exheredatum pro mortuo haberi*, reden nicht von dem Pflichttheile, sondern von der bonorum possessione contra tabulas. Diese gab der Prätor keinem Enterbten, wenn nämlich die Enterbung rite geschehen war, weil diesem nach dem Civilrechte die Inofficiositätsklage zustand. Nur den präterirten Kindern kam der Prätor zu Hülfe, besonders denjenigen, welche der Erblasser bey seinem Leben emancipirt hatte. In Absicht auf diese bonorum possessio war daher der Enterbte so gut wie tod. Denn seine Existenz war weder den präterirten Enkeln bey dem Gesuche derselben hinderlich, noch konnte der Enterbte einen Antheil von der Erbschaft verlangen, wenn emancipirte Kinder, welche der Erblasser präterirt hatte, die bonorum possessionem contra tabulas erhalten, und mittelst derselben eine Rescission des

12) SCHILTER Praxi iur. Rom. Exerc. XIV. §. 79. sqq. VOET h. t. §. 49. STRYK de cautelis testamentor. cap. XVII. membr. I. §. 21. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 16. not. 4. BOEHMER Dig. h. t. §. 6.

13) *L. 10. §. 4. D. de bon. poss. contra tab. L. 1. §. 5. D. de coniung. cum emancip. liberis.*

des Testaments ausgewirkt hatten. Quo enim bonum est eis favere, ut partem faciant, nihil habituris [14])? Hiervon läßt sich nun aber wohl auf die Berechnung des Pflichttheils kein gültiger Schluß machen, da beyde ganz verschiedene Dinge sind [15]). Andere [16]) entscheiden daher jene Frage schlechthin bejahend, weil man bey der Berechnung des Pflichttheils auf den Zustand der Intestatvererbung sehen müsse, und folglich die Enterbung, als eine bloße Testamentsverordnung, den übrigen Pflichttheilsberechtigten nicht zum Nachtheil gereichen könne. Diese Meinung hat auch Zellfeld. Endlich nach einer dritten Meinung

14) S. meine Diss. de constit. legitimae port. parent. quantitate §. 27. et 28.

15) Daß die Regel: *exheredatus pro mortuo habetur*, nicht allgemein gilt, zeigt *Ant.* FABER Coniectur. iuris civ. Lib. IX. cap. 20.

16) *Fr.* BALDUINUS Comm. ad Nov. 18. (in *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. I. pag. 1216.) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 14. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. X. Th. 32. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 82. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 238. §. 1. HOMMEL Rhapf. quaest. for. Vol. I. Obs. 199. nr. 1. WESTENBERG Diss. III. cap. III. §. 5. sqq. BASTINELLER Diss. cit. I. §. 30. sqq. und alle übrige Not. 11. angeführte Rechtsgelehrten. Unter den neuern besonders Westphal Theorie des R. R. von Testamenten §. 395. a. Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 37. MADIHN Princip. iur. Rom. de Succeff. §. 145. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1713. HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iur. Tom. I. pag. 399. not. c. MALBLANC Princip. iur. Rom. sec. ord. Digestor. P. II. Sect. II. §. 701. Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 913.

nung [17]) kommt alles darauf an, ob das Kind einer solchen Ursache wegen enterbt worden ist, weshalb dasselbe, wenn auch der Vater ohne Testament verstorben wäre, dennoch auch sogar von der Intestaterbfolge ausgeschlossen gewesen seyn würde, oder nicht. In jenem Falle könne der Enterbte bey der Bestimmung des Pflichttheils der übrigen Kinder nicht mitgezählt werden, weil er auch ab intestato nicht mitgeerbt haben würde [18]). In dem letztern Falle hingegen sey der Enterbte mitzuzählen, und der Pflichttheil für jedes der übrigen vier Kinder betrage daher die Hälfte seiner Intestat-Portion. Diese letztere Meinung verdient darum unstreitig den Vorzug, weil sie mit der Natur der Sache am besten übereinstimmt. Denn ist der Pflichttheil ein Theil der Intestat-Portion, so muß bey dessen Berechnung jederzeit auf den Zustand der Intestatvererbung gesehen werden. Hieraus folgt klar, daß der Enterbte bey der Bestimmung der Grösse des Pflichttheils mitzuzählen sey, in sofern derselbe ab intestato mitgeerbt haben würde. Denn nach der Nov. 18. Kap. 1. und der Nov. 39. Kap. 1. soll auf die Anzahl der Kinder gesehen werden, die ab intestato hätten erben können, und darnach der Pflichttheil bestimmt werden. Hieraus folgt aber auch, daß wenn die Gesetze den Enterbten auch sogar von der Intestaterbfolge ausschliessen, derselbe auch bey der Bestimmung des Pflichttheils nicht mitzuzählen, sondern eben so anzusehen sey, als ob er gar nicht existire. Es fragt sich nun,

II. Ob

17) *Aug. Wilh.* MEYER Diss. de determinanda legitimae quantitate. *Goett. 1776.* §. 13.

18) Vergleiche *Nov. CXV. cap. 3. §. 9. 12. et 14.*

II. Ob das enterbte Kind auch bey der Vertheilung des Pflichttheils mitzuzählen sey, so daß auch für dasselbe eben so gut ein Theil ausgesetzt werden müsse, als wenn es miterbte, ob es gleich nichts davon bekommt? Man drückt dieß gewöhnlich so aus: an exheredatus *partem faciat* (ad minuendam legitimam)? Diese Frage hat auf die Zahl der Pflichttheilsberechtigten keinen Einfluß, sondern ist von gleicher praktischer Wichtigkeit, der Pflichttheil betrage das Drittel oder die Hälfte. Wir wollen uns z. B. den Fall denken, ein Vater habe von drey Kindern eins enterbt, und die andern beyden auf den Pflichttheil eingesetzt. Wird das enterbte Kind nicht mitgezählt, so erhalten die andern beyden Kinder zu ihrem Pflichttheil zwar auch nur den dritten Theil der väterlichen Verlassenschaft, allein von diesem Drittel wird doch jedes dieser Kinder die Hälfte bekommen. Wird hingegen der Enterbte bey der Vertheilung des Pflichttheils mitgerechnet, so bekommt jedes der beyden übrigen Kinder von dem Pflichttheilsbetrage nur den dritten Theil. Beträgt also der Pflichttheil für sämmtliche Kinder z. E. 3000 Rthlr. so erhält nach jener ersten Berechnung jedes der beyden eingesetzten Kinder 1500 Rthlr. nach der letztern hingegen bekommt jedes nur 1000 Rthlr. Bey der Entscheidung dieser zweyten Frage sind nun die Meinungen der Rechtsgelehrten ebenfalls getheilt. Daß sie von denjenigen verneinet wird, welche den Grundsatz aufstellen, der Enterbte sey für tod zu halten, wird Niemanden wundern. Aber sonderbar ist es, wenn diejenigen [19]), welche ganz

19) Auser unserm Verfasser sind dieser Meinung besonders BREUNING in der oben angeführten Dissert. Cap. III. pag. 17. und MADIHN in Princip. iur. Rom. de Succession. §. 145. et not. d.

ganz richtig behaupten, daß der Enterbte bey der Bestimmung des Pflichttheils, ad augendam legitimae quantitatem, mitzuzählen sey, denselben dennoch bey der Vertheilung des Pflichttheils, ad legitimam minuendam, darum nicht mitgezählt wissen wollen, weil das ius accrescendi jederzeit bey der Berechnung des Pflichttheils Statt gefunden habe. Allein diese Meinung beruhet auf einem ganz unrichtigen Grunde, und streitet gegen ein deutliches Gesetz. Ulpian [20]) sagt ausdrücklich: Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, *an exheredatus partem faciat*, qui non queritur: utputa sumus duo filii exheredati? et utique faciet, ut PAPINIANUS respondit. Ulpian redet hier von einem Falle, wo ein Vater seine beyden Söhne enterbt hatte. Dem einen hatte er jedoch ein Legat ausgesetzt, welches so viel als sein Pflichttheil betragen mochte. Dieser glaubte demohngeachtet, es sey ihm durch die Enterbung Unrecht geschehen, und stellte daher gegen das Testament des Vaters die Querel an. Der andere hingegen klagte nicht; warum? wird nicht gesagt. Wir können uns also entweder den Fall gedenken, daß er nicht klagen wollte, oder daß er nicht klagen konnte. Denn da keiner von diesen Fällen ausgenommen ist, so kann das Gesetz von beyden verstanden werden, wie auch Vinnius [21]) sehr richtig bemerkt hat. Nun entstand die Frage, ob in dem gegebenen Falle die Querel zuläßig sey? Alles kam nach dem Rechte des Ulpianischen Zeitalters darauf an, ob das dem Kläger hinterlas-

sene

20) *L. 8. §. 8. D. h. t.*

21) Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 21. pag. 52. (Edit. *Franequer.* 1690. 4.)

sene Vermächtniß den ihm gebührenden Pflichttheil erschöpfte. Zu Ulpians Zeiten war der Pflichttheil noch quarta pars debitae ab intestato portionis, und dieser konnte titulo singulari dem Sohn hinterlassen werden, ohne ihn nothwendig dabey zum Erben einsetzen zu dürfen. Es kam also darauf an, ob der Kläger diese Quarte hatte. Wir wollen nun annehmen, das Vermögen des verstorbenen Vaters hätte in 12000 Solidis bestanden, hiervon betrug also der Pflichttheil für beyde Söhne die Summe von 3000 Solidis. Wären beyde auf den Pflichttheil eingesetzt gewesen, so hätte jeder zu seinem Antheil 1500 Solidos erhalten. Soviel und vielleicht noch drüber hatte nun auch der verstorbene Vater dem klagendenden Sohn vermacht. Allein dieser glaubte, weil sein Bruder nicht geklagt habe, so gehöre ihm die ganze Quarta der väterlichen Verlassenschaft. Wie entscheidet nun Ulpian den Fall? natürlich wider den Kläger, und beruft sich deshalb auf Papinians Auctorität. Denn mehr als den vierten Theil seiner Intestaterbportion konnte der klagende Sohn nach dem Rechte seines Zeitalters nicht verlangen. Diesen hatte er durch das Vermächtniß vollkommen erhalten. Denn die 1500 Solidi machten gerade den vierten Theil von 6000 Solidis aus, welche der enterbte Kläger zu seinem Antheil erhalten haben würde, wenn sein Vater ohne Testament verstorben wäre. Es ist also unläugbar, daß das enterbte Kind auch bey der Vertheilung des Pflichttheils mitzuzählen sey, insofern dasselbe ab intestato mitgeerbt haben würde [22]), und eben so unwidersprechlich gewiß ist es, daß hier

der

22) Mit mir stimmen überein *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. 65. §. 3. COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 18.

ferner

der Natur der Sache nach kein ius accrescendi Statt haben könne[23]), welches sogar nicht einmal alsdann Statt finden würde, wenn auch die Kinder sämmtlich im Pflichttheile wären

ferner VINNIUS, HOFACKER, MALBLANC, HAUBOLD ad *Bergerum* cc. ll.

23) Die *L. 17. D. h. t.* steht jener *L. 8. §. 8. D. h. t.* nicht entgegen. Denn es ist eine ganz andere Frage, ob bey der Inofficiositätsquerel das ius accrescendi Statt finde, welche in jener *L. 17.* entschieden wird. S. COCCEJI Diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt. Sect. III. nr. 8. seqq. Es heißt zwar auch in der *L. 8. §. 8. cit.* Et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Diese Worte haben mehrere Rechtsgelehrte verleitet, zu glauben, Ulpian rede in dieser Stelle gar nicht von der Berechnung des Pflichttheils, sondern entscheide vielmehr die Frage, ob bey der Querel das ius accrescendi Statt finde. Man sehe CLAPROTH Diss. de computo legitimae secundum personas §. 14 — 17. Allein nimmt man diese Erklärung an, so steht der vorausgeschickte Entscheidungsgrund: Quoniam quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, ohne Sinn und Zusammenhang da. Auch die nachfolgenden Worte, wo von der Berechnung des Pflichttheils der Enkel die Rede ist, würden in keiner Verbindung mit jener Frage stehen. Offenbar will also Ulpian bloß zur Bestärkung des Vorhergehenden sagen, der Enterbte sey nicht nur mitzuzählen bey der Berechnung des Pflichttheils, um darnach zu bestimmen, ob die Querel zuläßig sey, sondern sogar auch dann sey auf ihn mit Rücksicht zu nehmen, wenn wirklich die Querel gegründet sey. Auch hier falle das ius accrescendi in der Regel weg, und der Enterbte könne nur auf seinen Intestaterbtheil klagen, wovon nachher die *L. 17. pr. D. h. t.* Qui *repudiantis animo* non venit ad accusationem inofficiosi testamenti nur eine Ausnahme enthält. Man sehe NOODT Comm. ad Pand. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 170.

wären eingesetzt worden, und eins von denselben wegfallen sollte, wie schon oben [24]) ausführlicher gezeigt worden ist. Hieraus entscheidet sich nun

III. die letzte Frage von selbst, nämlich wem des Enterbten Antheil zufalle? Denn ist der Enterbte bey der Berechnung des Pflichttheils eben so mitzuzählen, als ob er miterbte, so folgt daraus von selbst, daß der Pflichttheil der übrigen Kinder dadurch auf keine Weise einen Zuwachs erhalten könne. Sie würden sonst gegen die Absicht des Testirers und der Gesetze mehr bekommen, als ihnen gebührt. Denn ihnen gehört mehr nicht, als ein Drittel oder die Hälfte ihres Intestaterbtheils. Diesen erhalten sie vollkommen. Sie haben also kein Recht an dem Theil des enterbten Kindes, sondern dieser bleibt dem außer ihnen eingesetzten Erben, und dieser giebt den Pflichttheilsberechtigten nicht mehr und nicht weniger, als sie erhalten würden, wenn keine Enterbung geschehen wäre [25]). Claproth [26]) will zwar einen Unterschied machen, ob der Enterbte klagt, oder nicht; in dem ersten Falle accrescire desselben Pflichttheil den übrigen Kindern, der Kläger möge den Proceß verlohren oder liegen gelassen haben [27]). In dem

24) S. §. 544. nr. V. S. 68. Das Gegentheil behauptet ohne Grund WESTENBERG Diss. IV. de port. legitima Cap. IV. §. 17.

25) S. STRUV Exerc. X. Th. 32. nr. 3. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 395. a. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. 2. §. 5. pag. 196. *Lud. Henr.* LILIEN Diss. de legitima §. 14. nr. I. HOFACKER T. II. §. 1713. in fine. MALBLANC c. l. pag. 859. seq.

26) Cit. Diss. §. 27.

27) Arg. *L. 16. et L. 23. §. 2. D. h. t.*

dem letztern hingegen bleibe der Antheil des Enterbten bey dem eingesetzten Haupterben [28]), wenn nicht etwa der Enterbte repudiantis animo die Klage unterlassen haben sollte, in welchem Falle desselben Portion den übrigen Kindern zufalle [29]). Allein die Gesetze, worauf er sich bezieht, reden blos vom Accrescenzrechte bey der Querel [30]), von welchem sich auf den Pflichttheil kein gültiger Schluß machen läßt [31]).

Eine nicht minder bestrittene Rechtsfrage ist

2) die: ob ein Kind, welches bey Lebzeiten des verstorbenen Ascendenten der künftigen Erbschaft desselben entsagt hat, bey der Berechnung des Pflichttheils der übrigen Kinder mitzuzählen sey?

Ein solcher entsagender Erbvertrag war zwar nach den Grundsätzen der Römer in der Regel nichtig. Der Entsagende konnte demohngeachtet die Erbschaft, wenn sie ihm anfiel, sowohl nach dem Civilrechte antreten, als auch die bonorum possessio suchen [32]). Ja wenn auch eine Tochter sich in den Ehepacten verbindlich gemacht hatte, daß sie mit dem empfangenen Heyrathsgute zufrieden seyn, und keinen weitern Anspruch an der künftigen Erbschaft ihres

28) Arg. *L. 8. §. 8. D. h. t.*

29) Arg. *L. 17. pr. D. eod.*

30) *Thom.* PAPILLONIUS de iure accrescendi, in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 777. und Westphal von Testamenten §. 1025.

31) S. NOODT Comm. ad Pand. h. t. §. *Ut ut erit.* Tom. II. *Operum.* pag. 170.

32) *L. 94. D. de acquir. vel omitt. heredit.*

ihres Vaters machen wolle, so wird dennoch auch ein solcher Vertrag in dem römischen Rechte für nichtig erklärt [33]), *quia*, wie Papinian [34]) zum Grunde anführt, *privatorum cautio legum auctoritate non censetur.* Nicht einmal die ausdrückliche Entsagung der Querel gegen das väterliche Testament hob dieselbe auf, wenn gleich das Kind deshalb mit Sachen oder Geld war abgefunden worden [35]). Alles dessen ungeachtet muß dennoch jene Frage aus Grundsätzen des römischen Rechts entschieden werden, und es läßt sich nicht mit Quistorp [36]) annehmen, daß sie bey den Römern nicht habe vorkommen können. Denn es ist noch immer die Frage, ob jene Gesetze auch auf den Fall gehen, wenn der entsagende Notherbe seines Pflichttheils wegen vollkommen zufrieden gestellet worden ist. Nicht ohne Grund läßt uns Ulpian hieran zweifeln, wenn er sagt [37]): Si *parens* vel accepit pecuniam, ut emanciparet, vel postea *vivus in eum filius, quantum satis est,* (i. e. legitimam) *contulit, ne iudicia eius inquietet,* EXCEPTIONE DOLI REPELLITUR. Durch Verträge soll also eigentlich nach dem Geist jener Gesetze nur dem Pflichttheil kein Eintrag geschehen, wie Herr Ord. Bauer [38]) ausführlich gezeigt hat.

33) *L. 3. Cod. de Collation.*

34) *L. ult. D. de suis et legitim. heredib.*

35) *L. 35. §. 1. C. de inoff. testam.*

36) Rechtliche Bemerkungen 2. Th. herausgegeben von D. Wiese. Bemerk. 37. S. 130.

37) *L. 1. §. 3. D. Si a parente quis manumiss. sit.*

38) Diss. I. de pacto hereditatis renunciativo. *Lipsiae 1780.* §. 4 — 12.

Gesetzt aber auch, man wollte mit Joseph Finestres [39]) Ulpians Entscheidung blos von der bonorum possessio contra tabulas verstehen, welche der Prätor dem Vater, als Manumissor seines Sohns, gab, und mit diesem gründlichen Rechtsgelehrten annehmen, der Vater sey deswegen von der ihm schon nach dem alten Civilrechte, als Vater, zustehenden Inofficiositätsquerel nicht ausgeschlossen worden; *nec enim ei nocere debet*, sagt Ulpian [40]) nicht ohne Grund, *quod iura patronatus habebat, cum sit et pater*; so kam es doch noch erst darauf an, ob der entsagende Notherbe, die ihm allenfalls noch zustehende Querel anstellen, oder nicht vielmehr den letzten Willen des Erblassers anerkennen wollte. Denn Justinian setzt in der oben angeführten Constitution, worin er die Entsagung der Querel für unkräftig erklärt ausdrücklich hinzu: *Sed hoc ita admittimus, nisi transactiones ad heredes paternos filius celebraverit, in quibus apertissime iudicium patris agnoverit.* Auf jeden Fall aber würde nach teutschen Rechten, nach welchen alle Arten von Erbverträgen gültig sind, einem solchen Kinde, welches bey Lebzeiten des verstorbenen Ascendenten abgefunden worden ist, die exceptio doli entgegen stehen. Kurz die Frage muß aus dem römischen Recht entschieden werden.

Um jedoch zur Entscheidung selbst zu kommen, so gehen nun hier die Meinungen der Rechtsgelehrten weit mehr durch einander, als bey jener ersten Frage, welche die enterbten Kinder betraf.

Voet

39) Commentar. in *Hermogeniani* ICti iuris epitomar. libros VI. Tom. II. ad *L. 94. D. de adquir. heredit.* §. 5. pag. 674.

40) *L. 1. §. ult. D. Si a parente quis manumiss.*

Voet[41]) unterscheidet, ob die Entsagung schlechthin und ohne alle Vergütung geschehen, oder ob das entsagende Kind durch den Empfang eines Heyrathsguts, oder sonst mit Etwas abgefunden worden sey. Im ersten Falle sey das Kind, welches ohne alle Vergütung auf die Erbschaft des verstorbenen Ascendenten Verzicht geleistet hat, für tod zu halten, und folglich auf keine Weise mitzuzählen. In dem letztern Falle hingegen sey das abgefundene Kind in jeder Rücksicht mitzuzählen, sowohl wenn es auf Vermehrung des Pflichttheils bis auf die Hälfte der Intestaterbportion, als wenn es auf Verminderung des Pflichttheils bey Vertheilung desselben ankommt. Denn da das entsagende Kind durch seine Abfindung das Vermögen des Vaters vermindert hat, so müsse es auch den übrigen Kindern in Rücksicht der Zahl zu statten kommen. Der Antheil desselben accrescire jedoch nicht den übrigen im Pflichttheil instituirten Kindern, sondern den neben ihnen eingesetzten Erben, sie seyen Kinder oder fremde Personen. Wäre jedoch die Entsagung ohne Vergütung blos zu Gunsten einer gewissen Person geschehen, so accrescire der Antheil des entsagenden Kindes der dadurch begünstigten Person allein.

Berger[42]) behauptet gerade das Gegentheil. Hat das renunciirende Kind, sagt er, ohne Etwas dagegen zu erhalten, der Erbschaft des verstorbenen Ascendenten bey dessen Lebzeiten entsagt, so sey es mitzuzählen; ist es aber gehörig abgefunden worden, so sey desselben Portion vom

41) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 49. et 50.

42) Oecon. iur. Lib. II. Tit. IV. Th. 16. not. 4. nr. 2. pag. 399. edit. *Haubold.*

Pflichttheile der übrigen Kinder abzuziehen, weil solches seine Legitima schon beym Leben des Ascendenten erhalten, und folglich nicht zweymahl gegeben werden könne.

Noch andere Rechtslehrer[43]) wollen ein abgefundenes Kind bey Berechnung des Pflichttheils nur insofern mitgezählt wissen, als dadurch die Grösse des Pflichttheils überhaupt vermindert wird, nicht aber, wenn der Pflichttheil durch Mitzählung des abgefundenen Kindes bis zur Hälfte des Intestaterbtheils vergrössert werden sollte. Wenn also z. B. der verstorbene Ascendent vier oder weniger Kinder hinterlassen, unter welchen die Tochter bey ihrer Heyrath gegen den Empfang ihres Heyrathsguts auf die väterliche Erbschaft Verzicht geleistet hat, die übrigen Kinder aber blos auf den Pflichttheil eingesetzt worden sind, so falle der Antheil der abgefundenen Tochter an dem Triente den vom Vater neben den Kindern eingesetzten Haupterben zu. Wenn hingegen mit Inbegriff der abgefundenen Tochter fünf Kinder vorhanden wären, so betrage der Pflichttheil der Kinder hier nicht die Hälfte, sondern nur das Drittel der väterlichen Erbschaft, und dieses theilen die vier im Pflichttheile eingesetzten Kinder ganz unter sich, mit Ausschliessung der abgefundenen Schwester.

Noch andere[44]) glauben, daß wenn eine teutsche Grund- und Todtheilung geschehen, das auf solche Art

43) FACHINAEUS in Controv. iuris Lib. IV. cap. 31. Concl. 4. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. X. Th. 32. CARPZOV P. III. Const. X. def. 14.

44) Ad. Sieg. Phil. Semlers Untersuchung, ob die berathenen oder abgesonderten Kinder bey der Berechnung des Pflichttheils mit zu zählen sind, oder nicht. Halle. 4.

Art abgesonderte Kind nach teutschen Sitten in Rücksicht auf die Eltern als tod, und schon vor den Eltern verstorben zu betrachten sey, welches daher, als solches, gar kein Recht mehr zur Intestaterbfolge haben könne, mithin auch keine Verminderung noch Vergrösserung des gesetzlichen Pflichttheils durch Mitzählung desselben bewirken könne.

Allein die meisten Rechtsgelehrten[45]) verwerfen mit Recht alle jene Distinctionen, und behaupten, daß ein Kind, welches bey Lebzeiten des verstorbenen Ascendenten der Erbschaft desselben entsagt hat, bey Berechnung des Pflichttheils der übrigen Kinder ohne Unterschied, sowohl quoad partem als numerum, mitzuzählen sey. Diese letztere Meinung verdient um so mehr den Vorzug[46]), weil es bey der Berechnung des Pflichttheils stets darauf ankommt, wie groß derselbe an und für sich gewesen wäre, wenn alle Kinder, welche die Gesetze nicht von der Intestaterbfolge ausschließen, den Pflichttheil hätten fordern können, wofern sie

45) MANZ Tr. de legitima Qu. IV. n. 21. seqq. *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. LXV. §. 9. pag. 505. seqq. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 199. nr. 1. COCCEJI Diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt. Sect. VI. PUFENDORF Observation. iur. univ. Tom. I. Obs. 238. CLAPROTH Diss. de computo legitimae secundum personas. §. 26. Quistorp rechtl. Bemerkungen 2. Th. Bem. 37. S. 131. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. pag. 195. Not. *) (edit. *tert. Ien. 1791.*)

46) Vortreflich hat diese Meinung gegen *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. XII. Err. 8. ausgeführt *Bartholom.* KELLENBENTZ in Quaestion. illustrio. de renunciatione succession. praes. familiar. illustr. Quaest. 37. pag. 461. sqq.

nicht die Enterbung verdient, oder der Erbschaft des verstorbenen Ascendenten entsagt hätten. Denn so wenig der Vater durch die Enterbung eines Kindes, eben so wenig kann ein Kind durch seine Entsagung bewirken, daß dadurch der gesetzlich bestimmte Pflichttheil der übrigen Kinder verändert oder vermindert wird. Man wende nicht ein, daß ein solches Kind, welches bey Lebzeiten des verstorbenen Ascendenten auf die Erbschaft desselben Verzicht geleistet hat, ab intestato nicht geerbt haben würde. Denn die Renunciation hebt ja die Eigenschaft des Kindes, als gesetzlichen Erben des verstorbenen Ascendenten, nicht auf, sondern macht nur, daß demselben die exceptio pacti entgegen stehen würde, wenn es Anspruch an der Erbschaft, welcher dasselbe entsagt hat, machen wollte. Hierzu kommt, daß alle Entsagung einer künftigen Erbschaft immer auf den Fall geschieht, wenn sie dem Entsagenden anfallen wird, und daher auch nicht eher von Wirkung ist, als wenn die Bedingung existirt [47]). Wäre nun der Renunciant für tod zu halten, wie könnte ihm dennoch die Erbschaft deferirt werden?

Es herrschen indessen selbst unter denjenigen Rechtsgelehrten, welche das entsagende Kind bey der Berechnung des Pflichttheils der übrigen Kinder mitgezählt wissen wollen, noch darüber verschiedene Meinungen, wem der Antheil eines solchen Kindes zufalle? Einige behaupten [48]), daß dieser Antheil dem vom Vater begünstig-

ten,

47) KIND Quaestion. for. Tom. III. cap. 6. pag. 67.

48) *Luc. van de* POLL c. l. pag. 508. LILIEN Diss. de legitima §. 14. nr. II. und Quistorp a. a. O. S. 132.

ten, oder außer den Kindern eingesetzten Haupterben zu gute kommen müsse, und dieses im Zweifel immer zu vermuthen sey. Andere[49]) hingegen wollen, daß man unterscheiden müsse, ob die Entsagung der Erbschaft bloß zu Gunsten eines der Geschwister, oder ob sie schlechthin geschehen sey. In dem ersten Falle soll der Antheil des Renuncianten dem allein, zu dessen Faveur die Entsagung ausdrücklich geschehen ist, in dem andern hingegen sämmtlichen Geschwistern zufallen.

Wäre von der Intestaterbfolge die Rede, so würde diese letztere Meinung allen Beyfall verdienen. Allein da der verstorbene Ascendent die übrigen Kinder bloß auf den Pflichttheil eingesetzt hat, so ist jene erstere Meinung, als der Natur des Pflichttheils gemäßer, billig vorzuziehen. Endlich ist noch

3) die Frage übrig: ob ein Notherbe, welcher nach dem Tode des Erblassers seinen Antheil ausschlägt, bey der Berechnung des Pflichttheils der übrigen darin eingesetzten Berechtigten mitzuzählen sey? Die Rechtsgelehrten weichen auch bey Entscheidung dieser Frage sehr von einander ab. Berger[50]) unterscheidet hier eben wieder so, wie in jenem Falle, da eine Entsagung der Erbschaft schon bey Lebzeiten des Erblassers geschehen ist. Allein die meisten

49) PUFENDORF c. l. §. 4. et 5. CLAPROTH cit. Diss. §. 28. KELLENBENTZ de renunciat. successione. Quaest. 38. p. 481. sqq.

50) c. l. pag. 399.

Rechtsgelehrten [51]) stimmen darin überein, daß ein solches Kind, welches nach dem Tode seines Vaters oder seiner Mutter die Erbschaft ausschlägt, bey der Bestimmung des Pflichttheils der übrigen Kinder mitzuzählen sey, und folglich derselbe die Hälfte ihres Intestaterbtheils betrage, wenn ihrer mit Einrechnung des repudiirenden Kindes fünf seyn sollten. Nur darüber sind sie verschiedener Meinung, wem der Antheil des repudiirenden Kindes zufalle. Einige [52]) sagen, diese Portion accrescire den übrigen Kindern. Andere [53]) unterscheiden, ob der Repudiirende ausdrücklich erklärt habe, zu wessen Besten er die Erbschaft ausgeschlagen habe, oder nicht. Im ersten Falle bekomme den Theil des Repudiirenden derjenige allein, zu dessen Faveur die Begebung geschehen ist. In dem letztern hingegen accrescire er allen übrigen auf den Pflichttheil eingesetzten Notherben, mit Ausschluß des daneben eingesetzten fremden Haupterben. Noch andere [54]) behaupten, daß auch der eingesetzte Haupterbe eben so gut, wie die übrigen im Pflichttheil eingesetzten Notherben, ein Recht auf den Antheil des Repudiirenden habe, und daß derselbe den Pflichttheilsberechtigten nur dann ausschließlich accrescire, wenn ihnen der Pflichttheil titulo legati auf eine solche Art hinterlassen worden, daß sie

51) *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. 65. §. 6. CARPZOV P. III. Const. X. def. 15. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. X. Th. 32. CLAPROTH cit. Diss. §. 25.

52) CARPZOV c. l. Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 37. not. h. S. 134.

53) CLAPROTH cit. Diss. §. 28.

54) STRUV c. l. Exerc. X. Th. 32. nr. 3. WESTENBERG Diss. IV. de port. legitima cap. IV. §. 17.

sie als collegatarii zu betrachten sind. Endlich giebt es Rechtsgelehrten [55]), welche den Antheil des Repudiirenden bloß dem außer dem Pflichttheile eingesetzten Haupterben zuerkannt wissen wollen, wofern nicht die Begebung ausdrücklich in Rücksicht der übrigen Pflichttheilsberechtigten, oder zum besondern Vortheil eines derselben geschehen seyn sollte. Diese letztere Meinung verdient billig den Vorzug. Man setzt ihr zwar die *L. un. Cod. Quando non petent. partes petentib. accresc.* und die *L.* 17. *pr. D. h. t.* entgegen. Allein vergebens. Denn keins von diesen Gesetzen gehört hierher. Jenes redet von mehreren Kindern, denen die bonorum possessio zusteht, hier sollen die Theile derjenigen, die sie nicht gesucht haben, denen accresciren, welche sie agnoscirten. Dies paßt nicht auf Kinder, welche blos im Pflichttheil eingesetzt sind, wenn neben ihnen ein Haupterbe existirt, der nach dem Willen des Testirers das übrige Vermögen haben soll. Hier ist keine solche Conjunction, wie dort, wo den Kindern die bonorum possessio ab intestato deferirt wird. Das letztere Gesetz redet von zwey zugleich enterbten Kindern, die beyde klagen konnten, von denen aber das eine repudiantis animo nicht klagt. Hier kommt freylich dem Kläger das ius accrescendi zu statten, weil die Querel das Testament aufhebt [56]).

§. 550.

55) *Luc. van de* POLL cit. loc. pag. 502. und LILIEN Diss. de legitima §. 14. nr. II.

56) WESTPHAL Diss. de iure accrescendi inter coheredes. Cap. VII. §. 29.

§. 550.

Mancherley Rechtsmittel, die den Notherben ihres Pflichttheils wegen zustehen.

Den Notherben stehen nun mancherley Rechtsmittel zu, wodurch sie ihren Pflichttheil erhalten können [57]). Es lassen sich nämlich, um selbige näher bestimmen zu können, folgende Fälle gedenken.

I. Den Notherben ist der ihnen gebührende Pflichttheil auf die gesetzmäßige Art und in der gehörigen Grösse hinterlassen worden. Hier ist zu unterscheiden. Sie sind entweder

A. im Besitz der Erbschaft. Hier können sie sich eines Retentionsrechts bedienen [58]); oder sie sind

B. nicht im Besitz. Hier stehen ihnen possessorische und petitorische Rechtsmittel zu Gebote. Der Pflichttheil ist nämlich ihnen entweder

1) erbeinsetzungsweise hinterlassen worden. Hier sind

a) possessorische Rechtsmittel das Interdictum quorum bonorum, und das Remedium ex L. fin. Cod. de

57) Von diesen Rechtsmitteln handeln WESTENBERG Diss. IV. de port. legit. cap. 4. *Io. Lud.* SCHMID Progr. de remediis iuris, quae liberis institutis propter legitimam competunt. *Ienae 1773.* HOFACKER T. II. §. 1718 — 1720.

58) *L.* 21. *C. famil. erciſc.* Eben so, wie dem Erben der Falcidischen sowohl als Trebellianischen Quarte wegen das Retentionsrecht zusteht. *L.* 1. §. 9. *D. ad L. Falcid.* §. 7. *I. de fideicomm. hered. L.* 1. *C. ad SCtum Trebell.*

de Edicto D. Adriani tollendo [59]). (*vid. Lib. XLIII. Tit.* 2.)

b) Petitoriſche Klagen, nämlich die Particular, Erbſchaftsklage, wenn der Beklagte ſich für den alleinigen Erben hält, und dem Notherben ſein Recht auf den Pflichttheil beſtreitet [60]), oder die Erbtheilungsklage (*actio familiae erciscundae*) wenn der Beklagte den Kläger zwar für einen Miterben anerkennt, allein wegen der Berechnung des Pflichttheils oder wegen der Theilung deſſelben zwiſchen den Partheyen ein Streit vorwaltet [61]).

2) Iſt der Pflichttheil *titulo legati* oder durch einen andern ſpeciellen Titel hinterlaſſen worden, ſo finden hier eben die Klagen ſtatt, die den Legatarien zukommen, nämlich die rei vindicatio, actio perſonalis ex teſtamento, und actio hypothecaria [62]), oder das derſelben entſprechende poſſeſſoriſche Rechtsmittel, interdictum Salvianum

59) S. Weſtphals ſyſt. Commentar über die Geſetze von Vorlegung und Eröffnung der Teſtamente ꝛc. Rechten und Pflichten des Erben, auch deſſen poſſeſſoriſchen und petitoriſchen Rechtsmitteln. 6. Th. §. 532. ff.

60) *L. 10. §. 1. D. de heredit. petit.* Weſtphals angef. Commentar §. 514. folgg. S. 328. ff.

61) *L. 2. pr. et §. 1. D. Famil. erciſc.* Weſtphals Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. 2. Th. 2. Abſchn. §. 676. folgg.

62) LEYSER Vol. VI. Specim. CCCLXXXI. medit. 1. Anderer Meinung iſt MANZ de legitima Qu. 56. nr. 7.

num utile [63]). Nach der Praxis auch hier das remedium ex L. fin. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo [64]).

II. Die Notherben sind zwar im Testament eingesetzt, allein es ist ihnen der Pflichttheil nicht in der gehörigen Quantität hinterlassen, sondern weniger ausgesetzt worden, als jener beträgt. In diesem Falle ist das Testament an sich nicht ungültig, und kann nicht angefochten werden, wenn ihnen auch noch so wenig zum Pflichttheile wäre hinterlassen worden, und wenn auch der Testirer ausdrücklich verordnet hätte, daß sie sich damit begnügen, und von dem übrigen Vermögen ausgeschlossen seyn sollten [65]); sondern dem verletzten Notherben steht hier blos die Ergänzungsklage, *condictio ex L. 30. C. de inoff. testam. actio suppletoria* oder *expletoria* zu, vermöge welcher er darauf klagen kann, daß ihm der Beklagte dasjenige, was an dem Pflichttheile fehlt, nach

63) §. 3. *I. de Interdict.* MERLIN de legitima Lib. V. Tit. 4. Qu. 7.

64) LEYSER Specim. CCCLXXXI. medit. 4. sqq. REINHARTH Select. Observation. ad *Christinaei* Decisiones. Vol. IV. Obs. 35. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. Lib. XXX. §. 43. Der Theorie ist dies freylich nicht gemäß, wie *Gotfr.* MASCOV in Exercitat. iur. civ. ad L. ult. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo. *Harderovici* 1733. §. 13. und *Io. Pet. de* SPREKELSEN in Disp. de remedio ex L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo. *Goettingae 1749.* Cap. II. §. 13. gezeigt haben.

65) Anderer Meinung ist zwar *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. XIV. Err. 9. Er glaubt, es müsse in dem Falle die querela inofficiosi gebraucht werden, wenn der Notherbe von dem übrigen Vermögen des Testirers ausdrücklich ausgeschlossen worden sey. Allein ohne Grund, man sehe Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 608.

nach einem zu Recht beständigen Inventarium, oder einer eidlichen Specification von der Erbschaft aushändigen solle [66]). Die Worte der Justinianeischen Constitution [67]), worin diese Klage ihren Sitz hat, lauten so: Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus: et in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis vel alio modo subvertendis moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum, vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat: *ut sive adiiciatur in testamento de adimplenda legitima portione, sive non, firmum quidem sit testamentum, liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum, vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est, ad adimplendam eam sine ullo gravamine, vel mora exigere:* si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit. Nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare, et huiusmodi quaestionem introducere. Et haec quidem de his personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate, vel legato, vel fideicommisso, licet minorem legitima portione, reliquerint. Diese Klage setzt also

1) vor-

66) *Burckh.* BARDILI Disp. de condictione ex lege ad supplementum legitimae. *Tubingae 1659.* und *Gabr.* SCHWEDER Diss. de condictione ex lege liberis ad supplementum legitimae competente. *Tub. 1696.*

67) *L. 30. pr. C. h. t.*

1) voraus, daß der Pflichttheil dem Kläger zwar debito modo, aber nicht in debita quantitate verlassen worden sey. Nun macht zwar das Gesetz keinen Unterschied, ob dem Notherben der ihm hinterlassene geringe Theil erbeinsetzungsweise, oder als ein Legat verlassen worden ist; allein nach der Nov. 115. Kap. 3. und 4. wird bey Eltern und Kindern erfordert, daß sie in dem geringen Theil zu Erben ernannt sind. Ist dieß geschehen, so kann immerhin in Absicht des Uebrigen eine Enterbung geschehen seyn, deswegen findet doch keine Querel wegen einer Lieblosigkeit Statt. Es kommt indessen darauf an, ob die Enterbung aus einer rechtmäsigen und in der Wahrheit gegründeten Ursache geschehen ist, oder nicht. In dem ersten Falle wird die Erfüllungsklage ganz wegfallen. In dem letzten Falle hingegen kann blos auf Erfüllung des Pflichttheils geklagt werden, die Inofficiositätsklage hingegen findet hier auch dann nicht einmal Statt, wenn sich gleich bey der Art der Enterbung eine Lieblosigkeit äußern sollte[68]). In Ansehung der Geschwister hingegen würde der geringe Theil, welcher ihnen titulo legati hinterlassen worden, eben so anzusehen seyn, als wenn sie darin zu Erben wären eingesetzt worden.

2) Die Erfüllungsklage findet noch Statt, wenn auch gleich die Annehmung des hinterlassenen geringen Theils ohne allen Vorbehalt geschehen wäre. Es muß sich nur der Notherbe nicht etwa deshalb mit dem eingesetzten Haupterben verglichen, und ausdrücklich erklärt haben, daß er mit dem, was er erhalten, zufrieden seyn wolle. Justinian

68) Westphal a. a. O. §. 608. S. 459. folg.

ſtinian [69]) ſagt ausdrücklich: Et generaliter definimus: quando pater minus legitima portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis cauſa donatione, vel inter vivos, ſub ea conditione, ut haec inter vivos donatio in quartam ei computetur: *ſi filius poſt obitum patris hoc, quod relictum vel donatum eſt, ſimpliciter agnoverit, forte et ſecuritatem heredibus fecerit, quod ei relictum vel datum eſt, accepiſſe, non adiiciens, nullam ſibi ſupereſſe de repletione quaeſtionem: nullum ſibi filium facere praeiudicium, ſed legitimam partem repleri*: niſi hoc ſpecialiter, ſive in apocha, ſive in transactione ſcripſerit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte, de eo, quod deeſt, nullam habeat quaeſtionem. Tunc enim, omni excluſa querela, paternum amplecti compelletur iudicium. *Quae omnis ſanctio ſuas radices extendat non ſolum ad filium vel filiam, ſed etiam ad omnes perſonas, quae de inofficioſo querelam contra mortuorum elogia poſſunt movere.* Hiermit ſtimmt auch die Praxis überein [70]).

3) Daß der Teſtirer die Erfüllung des Pflichttheils nicht ausdrücklich verordnet hat, ſchadet nichts. Nur nach dem ältern Rechte konnte in dieſem Falle die Inofficioſitätsklage angeſtellet werden. (§. 548. S. 111.) Allein Juſtinian

69) *L. 35. §. 2. C. de inoff. teſtam.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 69.

70) Struben rechtliche Bedenken. 4. Th. Bed. 96. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. II. Obſ. 86. §. 4. WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. III. P. IV. Obſ. 9. *de* LUDOLF Obſervat. for. Obſ. 372. in Supp. pag. 347.

stinian hat auch dieses geändert. Sin vero, sagt er[71]), quantacunque pars hereditatis, vel res eis fuerit relicta; *de inofficioso querela quiescente*, id, quod eis deest, usque ad quartam legitimae partis repleatur: *licet non fuerit adiectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.* Man behauptet jedoch, daß in dem Falle, da der Testator ausdrücklich verordnet hat, daß dem Notherben das ihm etwa noch an seinem Pflichttheile Fehlende zugelegt werden möchte, auch die *actio personalis ex testamento* Statt finde[72]).

4) Die Ergänzungsklage wird wider den Miterben angestellt, durch dessen Einsetzung der Kläger im Pflichttheile verletzt worden ist. Auch dieß sagt Justinian ausdrücklich: Praecipimus, heißt es in der Nov. 115. Kap. 5 ut, quod minus legitima portione eis relictum est, hoc secundum alias nostras leges *ab heredibus* expleatur. Mehrere Rechtsgelehrte[73]) wollen zwar behaupten, sie könne auch gegen die Vermächtnißnehmer, ja zur Noth auch gegen einen Dritten, welcher von dem Vermögen des Testirers, wovon dem Kläger der Pflichttheil gebührt, etwas besitzt, angestellet werden; und halten diese Klage für eine actio in rem scripta. Allein Voet[74]) hat diese Meinung

71) §. 3. *I. h. t.* Vid. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 4. Cod. Theod. h. t. Tom. I. pag. 204.

72) VINNIUS Comm. ad §. 3. I. h. t. nr. 4. SCHMIDT cit. Progr. §. 7.

73) BARDILI cit. Diss. §. 30. SCHWEDER Diss. alleg. §. 4. MERLINUS de legitima Lib. V. Tit. 4. Qu. 6. SCHMIDT cit. Progr. §. 6. und im Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 551.

74) Commentar. ad Pand. h. t. §. 70.

nung ausführlich widerlegt, und gezeigt, daß sie eine bloße Personalklage sey. Dieser Meinung stimmen auch Just. Henn. Böhmer[75]) und Hofacker[76]) bey.

5) Die Ergänzungsklage geht ohne Unterschied auf die Erben über, ohne daß es deshalb einer besondern Agnition oder Präparation bedarf[77]).

6) Sie dauert, nach der Regel der persönlichen Klagen, dreyßig Jahre. Dies ist wenigstens nach dem heutigen Gerichtsgebrauche keinem Zweifel unterworfen[78]). In der Theorie hingegen ist es streitig. Verschiedene Rechtsgelehrte[79]) wollen nämlich behaupten, daß die suppletorische Klage schon in fünf Jahren erlösche. Diese Meinung

75) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. III. §. 40.

76) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1719.

77) *L. 34. in fin. C. h. t.* BARDILI cit. Diss. §. 27. VINNIUS Comment. ad §. 3. I. h. t. nr. 4.

78) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XIV. §. 29. FABER Cod. definition. for. Lib. III. Tit. XIX. definit. 7. GAIL practic. Observation. Lib. II. Obs. 120. nr. 7. BERLICH Conclus. pract. P. III. Concl. XIII. nr. 33. BARDILI cit. Diss. §. 43. BOEHMER de action. c. l. STRUV Exerc. X. Th. 31. MÜLLER ad *Eundem* c. l. not. γ. Struben rechtliche Bedenken. 4. Th. Bed. 96. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1187. Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 553. S. 394. Thibaut über Besitz und Verjährung §. 48. S. 130. HOFACKER T. II. §. 1719. in fine.

79) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 20. *Iac.* VOORDA Elector. cap. XI. und Ebenderselbe in Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. III. cap. 7. DORN singular. querelae testamenti inoff. capita. *Kiel. 1740.* §. 20.

gründet sich auf die letztern Worte der *L.* 34. *Cod. h. t.* wo Justinian sagt: Et si non heres apertissimis probationibus ostenderit, ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse; testamento remoto, ab intestato vocari, *nisi certa quantitas patri eius minor parte legitima relicta est:* tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem, *repletio quartae partis nepoti supereſt*, si qua patri eius competebat, ut perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi pater adhuc superstes vel repudiavit querelam, vel *quinquennio* tacuit, scilicet post aditam hereditatem. Justinian entscheidet hier den Fall, da der enterbte Sohn während der Zeit, als der ernannte Erbe sich wegen der Antretung der Erbschaft noch besann, stirbt, ohne wegen der Querel einige Zubereitung gemacht oder Aeusserungen gethan zu haben, und einen Enkel hinterläßt. Nach dem ältern Rechte rückte der Enkel nicht in die Querel nach seines Vaters Tode ein. Auch die Lex Iunia Velleja half ihm hier nichts, weil dieses Gesetz erforderte, daß der Sohn bey Lebzeiten des Vaters starb, wenn der Enkel einrücken sollte. Der Enkel hatte also keine Klage. Allein Justinian will, daß in diesem Falle der Enkel dieselben Rechte haben solle, welche der Sohn hatte. Er soll also mit voller Wirkung die Querel anstellen können, wenn gleich von dem enterbten Sohne keine Zubereitung zu dieser Klage bey dessen Lebzeiten geschehen war, es wäre denn, daß dem letztern eine gewisse Summe hinterlassen worden, die jedoch weniger als der Pflichttheil betrüge. In diesem Falle soll der Enkel, so weit dem Vater deshalb noch eine Klage zustand, blos auf Ergänzung des Pflichttheils klagen können. Nun ist die Frage, ob die

Wor-

Worte: *nisi pater adhuc superstes* etc. — vel *quinquennio tacuit*, scilicet *post aditam hereditatem*, auf die Ergänzungsklage oder auf die Inofficiositätsklage sich beziehen? Für das Erstere lassen sich sehr wichtige Gründe anführen. Erstens spricht der ganze Zusammenhang für diese Erklärung. Denn unmittelbar vorher ist von der Ergänzungsklage die Rede. Zweytens passen diese Ausnahmen gar nicht auf die Inofficiositätsklage, wenn man sie mit dem Falle vergleicht, der in dem Gesetz entschieden wird. Denn man kann sich der Klage doch nicht eher begeben, sie kann auch nicht eher verjähren, als bis eine rechtliche Möglichkeit zur Anstellung derselben vorhanden war. Nun ist die Inofficiositätsklage nicht eher nata, als bis der Erbe die Erbschaft angetreten hat [80]). Und doch wird hier der Fall vorausgesetzt, da der Enterbte während der Deliberationszeit gestorben, und also ehe noch der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hatte. Wie reimt sich das zusammen? Hierzu kommt drittens, daß wenn man die letztern Worte: *scilicet post aditam hereditatem*, von der Inofficiositätsklage verstehen wollte, Justinian hier etwas schon verordnet hätte, was er in einer, ein Jahr später, erfolgten Constitution, nämlich *L.* 36. *C. h. t.* vom Jahr 531, allererst verordnet hat, nämlich daß diese Klage gegen den ernannten Erben nicht eher angestellt werden könne, als bis dieser die Erbschaft angetreten hat; wodurch Justinian den Streit zwischen Ulpian und Modestin entschied. Daß übrigens die Benennung *querela* auch von der suppletorischen Klage gebraucht wird, ist keinem Zweifel unterworfen. Man erinnere sich an die oben aus der *L.* 35.

80) *L. 8. §. 10. D. h. t.*

§. 2. C. h. t. angeführten Worte: Tunc enim, *omni excluſa querela*, paternum amplecti compelletur iudicium.

So ſcheinbar indeſſen dieſe Gründe ſind, ſo läßt ſich doch noch manches dagegen einwenden, und zur Unterſtützung der entgegen geſetzten Erklärung anführen. Denn es war doch immer, wie Weſtenberg[81]) ſehr richtig bemerkt, die Hauptfrage von der Transmiſſion der Inofficioſitätsklage, welche Juſtinian hier entſchied. Der ſuppletoriſchen Klage geſchieht nur beyläufig Erwähnung. Es iſt alſo ſchon darum der Intention des Geſetzgebers gemäßer, die oben bemerkten Worte: *niſi pater etc.* von der Inofficioſitätsklage zu verſtehen, zumal da die unmittelbar vorhergehenden Worte: *ut perfruatur noſtro beneficio a vetuſtate quidem neglectus, a noſtro autem vigore recreatus;* ſich ohne Zweifel darauf beziehen, daß der Enkel vor Juſtinian nicht in die Querel nach des Vaters Tode einrückte, wie Weſtphal[82]) ſehr gründlich erinnert hat. Soviel hiernächſt den von der rechtlichen Unmöglichkeit einer Begebung oder Verjährung der Klage, ſo lange die Erbſchaft noch nicht angetreten iſt, hergenommenen Grund anbetrift; ſo ſteht derſelbe der entgegengeſetzten Meinung eben ſo gut entgegen, denn auch die ſuppletoriſche Condiction kann nicht eher durch Präſcription erlöſchen, als poſt aditam hereditatem. Denn nun iſt ſie erſt nata. Die Verjährung einer Klage fängt aber erſt von dem Augenblicke an, da eine rechtliche Möglichkeit zur Anſtel-

81) Diſſ. IV. de portione legitima Cap. IV. §. 12. pag 52.

82) Theorie des R. R. von Teſtamenten §. 1029 S. 764.

Anstellung derselben vorhanden war [83]). Es liegt also in den mehr besagten Worten auf jeden Fall eine Schwierigkeit, und sie lassen sich mit dem im Gesetz entschiedenen Falle, wenn der enterbte Sohn während der Zeit stirbt, da der eingesetzte Erbe deliberirt, nicht vereinigen, man mag sie von der suppletorischen, oder der Inofficiositätsklage verstehen; und es bleibt uns daher nichts übrig, als mit Anton Faber [84]) anzunehmen, die Constitution sey genereller, und erstrecke sich weiter, als auf den im Gesetz entschiedenen Fall, welcher blos zu dieser Constitution die Veranlassung gegeben hat. Sie soll also, nach den beygefügten Ausnahmen zu urtheilen, auf alle Fälle gehen, in quibus decesserit filius exheredatus, wie Faber sagt, sive ante sive post aditam ab extraneo hereditatem. Sodann schadet es gar nichts, wenn Justinian schon vorläufig in dieser Constitution, obgleich nur gleichsam im Vorbeygehen, sagt, daß der Lauf des Quinquenniums bey der Inofficiositätsklage erst nach geschehener Antretung der Erbschaft seinen Anfang nehme. Deswegen konnte er doch nachher, um den Streit zwischen Ulpian und Modestin zu entscheiden, eine besondere Constitution darüber machen, und darin festsetzen, daß der Zeitraum von fünf Jahren, nach dessen Ablauf die querela inofficiosi erlöscht, erst von der Zeit an gerechnet werden solle, da der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat. Aliud est, sagt Pürtmann [85]) sehr richtig,

83) *L. 7. §. 4. C. de praescr. 30. annor.* Thibaut über Besitz und Verjährung §. 43. S. 122.

84) De erroribus Pragmaticor. P. II. Decad. XXIX. Err. 5. p. 179. (Edit. *Lugdun.* 1604. 4.)

85) Interpretation. et Observation. iur. Rom. lib. sing. Cap. XXX. pag. 153.

quasi in transitu rei cuiusdam mentionem facere, aliud data opera sancire, quid in posterum valere debeat. Prius fecit Imperator in *L.* 34. *C. de inoff. testam.* posterius in *L.* 36. *eodem.* Ich will gar nicht erwähnen, daß der Grund der kurzen Dauer, auf welche die Inofficiositätsklage beschränkt ist, auf die weit mehr begünstigte suppletorische Klage schlechterdings nicht paßt, ich werde davon an einem andern Orte dieses Titels (§. 559.) handeln. Daß aber unter dem Wort *querela* die Inofficiositätsklage zu verstehen sey, bestärken die Basiliken [86]), welche das Wort μέμψις gebrauchen, wodurch sie immer die querelam inofficiosi bezeichnen. Mit dieser Erklärung stimmen auch Hunnius [87]), Voet [88]), Finestres [89]), Cocceji [90]) und die Gebr. Overbeck [91]) überein.

Uebrigens ist noch im Allgemeinen zu bemerken, daß bey den Klagen, die den Notherben des Pflichttheils wegen zustehen, die Verurtheilung des Beklagten eine Strafe nach sich zieht, welche darin besteht, daß er dem Kläger ausser dem

86) *Basilicor.* Tom. V. pag. 215. wo die letztern Worte der *L.* 34. *C. cit.* so ins Griechische übersetzt sind: ἐι δὲ ὁ πατὴρ αὐτοῦ ἔτι περιὼν παρητήσατο προφανῶς την κατὰ τῆς διαθήκης μεμψιν, ἢ τῇ παραδρομῇ τῆς πενταετίας ἀπεκλείσθη, ἀκέτι βοηθεῖται οὗτος ὁ ἔγγονος. *Sed si pater eius adhuc superstes palam repudiaverit querelam, vel quinquennii cursu excluſus sit, non est, quo succurri nepoti possit.*

87) Var. resolution. iuris civ. Lib. II. Tract. VII. Qu. 16.

88) Commentar. ad Pand. h. t. §. 68.

89) Praelect. ad h. Tit. Cap. VIII. §. 5.

90) Iur. civ. controv. Tom. I. h. t. Qu. 35.

91) Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 4. Band. Medit. 192.

dem ihm gebührenden Pflichttheile noch den dritten Theil desjenigen, was dem Notherben im Testament hinterlassen worden ist, zur Strafe zu bezahlen condemnirt werden kann [91]).

III. Die Notherben sind durch allerley beschwerende Verfügungen und Veräusserungen in ihrem Pflichttheile verkürzt, oder ganz darum gebracht worden. Hier lassen sich folgende Fälle gedenken.

A. Der Notherbe ist zwar zum Erben eingesetzt, allein mit Vermächtnissen oder Fideicommissen so beschwert, daß ihm nach Abzug derselben wenig oder nichts von der Erbschaft übrig bleibt. Deswegen kann das Testament an sich nicht angefochten werden, wie Paulus [92]) ausdrücklich sagt: Cum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet falcidiam. Nach dem Rechte der Pandecten mußte sich also der beschwerte Notherbe mit der Falcidischen Quarte begnügen, welche den Pflichttheil absorbirte. Allein da nach der Nov. 18. Kap. 1. der Pflichttheil mehr beträgt, so würde der Notherbe sehr zu kurz kommen, wenn er mehr nicht, als die Falcidie bekäme. Nach dem neuern Rechte kann also der Notherbe den Pflichttheil inne behalten, und den Legatarien so viel abziehen, als sein Pflichttheil beträgt. Dieses Retentionsrecht kann ihm aber freylich nur denn zu statten kommen, wenn er sich in dem Besitz der Erbschaft befindet. Außer

91) *L. 33. pr. C. h. t.* WESTENBERG Diss. IV. de port. legit. Cap. IV. §. 15. will zwar behaupten, die Strafe finde h. z. T. nicht mehr Statt. Allein man sehe *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Consil. XL. Qu. 1. nr. 10. pag. 471.

92) *L. 8. §. 9. D. h. t.*

dem aber müßte er gegen den dritten Besitzer mit der Erbschaftsklage[92]), gegen die Legatarien aber, wenn diese schon ihre Legate an sich genommen haben, nach Unterschied der Fälle mit dem Interdicto quod legatorum, oder dem remedio ex L. 7. C. unde vi, oder der actione spolii klagen. Könnte aber nicht der Notherbe außer seinem Pflichttheile auch noch die Falcidische Quarte abziehen oder fordern? Einige[93]) wollen dieses behaupten. Allein andere[94]) läugnen dieses mit Recht, weil der Pflichttheil statt der Falcidischen Quarte dient. Für diese Meinung streitet auch ein klares Gesetz, *L.* 36. *pr. C. h. t.* worin es ausdrücklich heißt: *nulla Falcidia interveniente.* Ein Anders wäre, wenn der Notherbe mit einem Universalfideicommiß beschwert worden. Hier kann er nach dem Canonischen Rechte außer dem Pflichttheile auch die Trebellianische Quarte abziehen[95]).

Voet

92) SCHMIDT in Progr. (Not. 57.) cit. §. 12. nimmt eine *condictionem ex lege*, nimirum *ex Nov. 18. Cap. 1.* an. Allein Condictionen sind bloße Personalklagen.

93) MERLINUS in Tr. de legitima Lib. I. Tit. 3. Qu. 1. nr. 5. sqq.

94) *Fr.* HOTOMANNI Quaestion. illustr. Qu. 35. p. 275. *Arn.* VINNIUS in select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 29. CARPZOV Iurispr. for. P. III. Const. I. Definit. 20. SCHMIDT cit. Progr. §. 13.

95) *Cap. 16. et 18. X. de testam.* Dem Röm. Rechte ist dieses freylich nicht gemäß, wie aus *L.* 24. *C. fam. ercisc.* und *Nov. XXXIX. cap. 1.* erhellet. S. *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Disp. de iure deducendi duas, ut vulgo loquuntur, quartas: (in Vol. II. *Dissertation.* EIUS *academicar.* Nr. LVIII.) Cap. II. Th. XI. et seqq. CUJACIUS Observat. VIII. c. 3. WESTENBERG Diss. IV. de port. legit. cap. II. §. 12—14. Westphal syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen 2. Th. §. 1840. Anderer Meinung sind jedoch

Ant.

Voet[96]) will zwar das Recht des doppelten Abzugs nur den Kindern gestatten. Allein nach dem Geist des Canonischen Rechts kommt dieses Recht jedem andern Notherben ebenfalls zu[97]). Zwar ist in den angeführten Texten nur von Kindern die Rede, allein dieses ist blos zufällig geschehen, weil der den Päbsten zur Entscheidung vorgelegte Fall gerade Kinder betraf. Der Grund hingegen, daß ihnen als Notherben der Pflichttheil schon nach dem natürlichen Rechte, die Trebellianische Quarte aber als fiduciarischen Erben gebühre, quam quilibet extraneus restitutione gravatus deducere potuisset, ist allgemein. Der Geist jener Verordnungen des Canonischen Rechts geht also sichtbar dahin, daß überhaupt alle diejenigen Personen, welche einen Pflichttheil fordern können, ausser diesem auch die Trebellianische Quarte sollen abziehen dürfen. Es sind daher jene päbstliche Verordnungen nicht nur auf Eltern auszudehnen, wie Harpprecht und Pufendorf sehr gründlich gezeigt haben, sondern es läßt sich mit Vinnius allerdings behaupten, daß auch Brüder und Schwestern, wenn sie mit einem, an eine *persona turpis* abzuliefernden Universalfideicommiß beschwert sind, nach dem wahren Geiste des Canonischen Rechts, ausser dem Pflicht-

Ant. CONTIUS Disputation. iur. civ. Lib. I. c. 3. und vorzüglich HEINECCIUS ad *Vinnii* Comment. in Institution. Tit. de fideicommiss. heredit. §. 7. nr. 3.

96) Comm. ad Pand. h. t. §. 16.

97) S. HARPPRECHT cit. Diss. Cap. III. §. 35. sqq. MEVIUS P. VII. Decis. 19. a. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 82. §. 4. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 58. VINNIUS select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 29. in fin.

Pflichttheile, auch die Trebellianische Quarte abzuziehen berechtiget seyen [98]).

B. Der Testirer oder Erblasser hat sein Vermögen durch allerley Veräußerungen unter den Lebendigen oder von Todes wegen vermindert, und dadurch die Notherben im Pflichttheile verletzt. Diese den Pflichttheil verkürzende Veräußerungen können von zweyerley Art seyn. Sie können

1) solche seyn, welche *titulo gratuito* geschehen sind. Dahin gehören

a) Schenkungen, und zwar

α) unter den Lebendigen. Hier steht den Notherben, denen durch solche Schenkungen entweder der ganze Pflichttheil auf eine lieblose Art entzogen, oder geschmälert worden ist (donationes inofficiosae), die querela inofficiosae donationis [99]) zu, welche der Kaiser Alexander Severus [100]) nach dem Beyspiel und der Analogie der Inofficio-

98) Man vergleiche noch Griesingers Commentar über das Wirtembergische Landrecht. 6. Band. S. 369.

99) LAUTERBACH Disquisit. de donatione inofficiosa. *Tub. 1655.* FRIES Diss. de querela inofficiosae donationis. *Ien. 1715.* BYLEVELD Specim. de inofficiosis donationibus, Praes. *Dion. God. van der* KEESEL, *Lugduni Batavor. 1774.* def. *Christ.* RAU Diss. de querela inofficiosae donationis. *Lipsiae 1775.* Ge. *Lud.* BOEHMER Diss. de querela inofficiosae donationis fratrum. *Goettingae 1751.* WESTENBERG Diss. IX. de causis obligationum. Cap. IV. Tom. I. *Opper.* pag. 172.

100) *L. 87. §. 3. D. de legat. II.* CUJACIUS in Paratitl. ad Codic. Tom. II. Opp. prior. a *Fabrotto* editor. pag. 90. PEREZ Prae-

officiositătsklage zu ihren Beſten eingeführt hat. Nach der Strenge des alten Rechts konnten Schenkungen unter den Lebendigen wegen Verletzung des Pflichttheils nicht angefochten werden, weil ſich zur Zeit der gemachten Schenkungen, und alſo beym Leben des Donators, noch kein Pflichttheil denken ließ. (S 97.) Daher geſchahe es nicht ſelten, daß Eltern, welche ihre Kinder zu enterben, keine Urſache hatten, und ihnen doch ihr Vermögen entziehen wollten, dieſelben zwar im Teſtament zu Erben einſetzten, aber ihr Vermögen bey ihrem Leben durch unmäßige Schenkungen dergeſtalt erſchöpften, daß den Kindern nichts als der leere Name der Erben übrig blieb. Hier hatte nun freylich die Inofficiositătsklage nicht ſtatt, ſo lieblos auch das ganze Verfahren ſolcher Eltern war. Denn dieſe Klage entkräftet keine Schenkungen unter den Lebendigen [1]). Weil es aber doch höchſt unbillig war, daß man das durch ſolche Schenkungen zu erhalten ſuchte, was durch eine letzte Willensverordnung zu thun verboten war, ſo wurde aus Veranlaſſung eines deshalb von dem Praefectus Urbi, Claudianus Julianus erſtatteten Berichts nach dem Beyſpiel der Inofficiositătsklage eine querela inofficioſae donationis eingeführt. Die Worte des hierauf ergangenen Reſcripts des Kaiſers Severus lauten, ſo wie ſie uns Paulus am angeführten Orte aufbehalten hat, folgendergeſtalt: *Si liquet tibi, Iuliane cariſſime, aviam intervertendae inofficioſi querelae patrimonium ſuum donationibus in nepotem factis*

Praelect. ad Cod. Tit. de inoff. donat. nr. 1. *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. III. cap. 17. und beſonders RAU cit. Diſſertat. §. 2.

1) *L. 11. D. h. t.*

factis eximaniſſe: ratio depoſcit, id, quod donatum eſt, pro dimidia parte revocari. Sie betraf alſo anfänglich nur den Fall der Teſtaments-Succeßion, auch die bald nach jenem Reſcript des Kaiſers Alexander Severus erfolgte Verordnung des Kaiſers Philippus [2]) enthält noch einen bloßen Teſtamentsfall. Allein durch eine Verordnung der Kaiſer Valerianus und Gallienus [3]) wurde dieſe neue Querel nachher aus gleichem Grunde der Billigkeit auch auf den Fall der Inteſtaterbfolge ausgedehnt [4]). Precibus quidem tuis propoſita Reſcripta eos parentes denotant, qui [cum] *teſtamento facto* vivi patrimonium ſuum immenſis donationibus eximaniſſent, inane nomen heredum liberis reliquerunt: *ſed ad inteſtatos quoque eadem ratio aequitatis extenditur.* So lautet dieſe Conſtitution wörtlich.

Ob mit dieſer Querel die liebloſe Schenkung ganz, oder nur in ſo weit umgeſtoſſen werde, als der Kläger dadurch im Pflichttheile verletzt worden iſt, iſt eine ſehr beſtrittene Rechtsfrage. Das erſtere hat vorzüglich Anton Faber [5]) zwar ſehr gelehrt und ſcharfſinnig, aber doch nicht überzeugend, darzuthun geſucht. Doch hat er berühmte Anhänger an Chriſtian Thomaſius [6]), Juſt. Henning Böh-

2) *L. 1. Cod. de inoff. donation.*

3) *L. 3. C. eodem.*

4) S. *Ioſ. Fernandez de* RETES acad. Relect. de donationibus. Cap. VIII. §. 13. et 14. (in *Theſ. Meermann.* Tom. VI. p. 587.) und Weſtphals Theorie des Röm. Rechts von Teſtamenten §. 423.

5) Coniectur. iuris civ. Lib. III. cap. 17.

6) Diſſ. de legitima viventis. Cap. 3.

Böhmer [7]) und Georg Ludwig Böhmer [8]) gefunden. Diese Meinung hat auch den Beyfall der Praxis erhalten [9]). Allein der Schluß von der querela inofficiosi testamenti, so richtig er auch in andern Fällen ist, gilt hier offenbar nicht. Man beruft sich zwar auf die Verordnung des Kaisers Constantius [10]) in welcher es heißt: Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum *omnibus* querela *ad similitudinem inofficiosi testamenti* legibus fuerit introducta: ut sit in hoc *actionis utriusque* vel *una causa*, vel *similis* existimanda, vel idem et temporibus et moribus. Nach dieser deutlichen Verordnung solle also die querela inofficiosae donationis durchgehends (denn statt *omnibus*, sagt Anton Faber, müsse man *in omnibus* lesen) mit der querela inofficiosi testamenti gleichen Schritt halten. Allein dieser Beweis verliert nicht wenig von seinem Gewicht

7) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. III. §. 43. et 44.

8) Diss. de querela inoff. donat. fratrum §. 18.

9) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 23. §. 4. et 5. Struben rechtliche Bedenken. 5. Th. Bed. 125. WINCKLER in Addit. ad *Bergeri* Oecon. iuris. Lib. II. Tit. II. Th. 29. in fin. [*.*] pag. 301. (Edit. noviss. *Haubold.*) Ge. Lud. Böhmer auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 2. Abth. Decis. 88. nr. 6. Höpfner theor. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 412. S. 433. Es wird jedoch nach diesem Gerichtsgebrauche vorausgesetzt, daß das ganze Vermögen zum Nachtheil der Notherben von dem Erblasser unter den Lebendigen verschenkt worden sey, weil in diesem Falle die Schenkung eine wahre Präterition der Notherben enthalte, oder einer Enterbung gleich zu achten sey.

10) *L. fin. Cod. de inoff. donat.*

Rechtsgelehrten [51]) stimmen darin überein, daß ein solches Kind, welches nach dem Tode seines Vaters oder seiner Mutter die Erbschaft ausschlägt, bey der Bestimmung des Pflichttheils der übrigen Kinder mitzuzählen sey, und folglich derselbe die Hälfte ihres Intestaterbtheils betrage, wenn ihrer mit Einrechnung des repudiirenden Kindes fünf seyn sollten. Nur darüber sind sie verschiedener Meinung, wem der Antheil des repudiirenden Kindes zufalle. Einige [52]) sagen, diese Portion accrescire den übrigen Kindern. Andere [53]) unterscheiden, ob der Repudiirende ausdrücklich erklärt habe, zu wessen Besten er die Erbschaft ausgeschlagen habe, oder nicht. Im ersten Falle bekomme den Theil des Repudiirenden derjenige allein, zu dessen Faveur die Begebung geschehen ist. In dem letztern hingegen accrescire er allen übrigen auf den Pflichttheil eingesetzten Notherben, mit Ausschluß des daneben eingesetzten fremden Haupterben. Noch andere [54]) behaupten, daß auch der eingesetzte Haupterbe eben so gut, wie die übrigen im Pflichttheil eingesetzten Notherben, ein Recht auf den Antheil des Repudiirenden habe, und daß derselbe den Pflichttheilsberechtigten nur dann ausschließlich accrescire, wenn ihnen der Pflichttheil titulo legati auf eine solche Art hinterlassen worden, daß sie

51) *Luc. van de* POLL de exheredat. et praeterit. cap. 65. §. 6. CARPZOV P. III. Const. X. def. 15. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. X. Th. 32. CLAPROTH cit. Diss. §. 25.

52) CARPZOV c. l. Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 37. not. h. S. 134.

53) CLAPROTH cit. Diss. §. 28.

54) STRUV c. l. Exerc. X. Th. 32. nr. 3. WESTENBERG Diss. IV. de port. legitima cap. IV. §. 17.

sie als collegatarii zu betrachten sind. Endlich giebt es Rechtsgelehrten [55]), welche den Antheil des Repudiirenden bloß dem außer dem Pflichttheile eingesetzten Haupterben zuerkannt wissen wollen, wofern nicht die Begebung ausdrücklich in Rücksicht der übrigen Pflichttheilsberechtigten, oder zum besondern Vortheil eines derselben geschehen seyn sollte. Diese letztere Meinung verdient billig den Vorzug. Man setzt ihr zwar die *L. un. Cod. Quando non petent. partes petentib. accresc.* und die *L.* 17. *pr. D. h. t.* entgegen. Allein vergebens. Denn keins von diesen Gesetzen gehört hierher. Jenes redet von mehreren Kindern, denen die bonorum possessio zusteht, hier sollen die Theile derjenigen, die sie nicht gesucht haben, denen accresciren, welche sie agnoscirten. Dies paßt nicht auf Kinder, welche blos im Pflichttheil eingesetzt sind, wenn neben ihnen ein Haupterbe existirt, der nach dem Willen des Testirers das übrige Vermögen haben soll. Hier ist keine solche Conjunction, wie dort, wo den Kindern die bonorum possessio ab intestato deferirt wird. Das letztere Gesetz redet von zwey zugleich enterbten Kindern, die beyde klagen konnten, von denen aber das eine repudiantis animo nicht klagt. Hier kommt freylich dem Kläger das ius accrescendi zu statten, weil die Querel das Testament aufhebt [56]).

§. 550.

55) *Luc. van de* POLL cit. loc. pag. 502. und LILIEN Diss. de legitima §. 14. nr. II.

56) WESTPHAL Diss. de iure accrescendi inter coheredes. Cap. VII. §. 29.

§. 550.

Mancherley Rechtsmittel, die den Notherben ihres Pflichttheils wegen zustehen.

Den Notherben stehen nun mancherley Rechtsmittel zu, wodurch sie ihren Pflichttheil erhalten können [57]). Es lassen sich nämlich, um selbige näher bestimmen zu können, folgende Fälle gedenken.

I. Den Notherben ist der ihnen gebührende Pflichttheil auf die gesetzmäßige Art und in der gehörigen Grösse hinterlassen worden. Hier ist zu unterscheiden. Sie sind entweder

A. im Besitz der Erbschaft. Hier können sie sich eines Retentionsrechts bedienen [58]); oder sie sind

B. nicht im Besitz. Hier stehen ihnen possessorische und petitorische Rechtsmittel zu Gebote. Der Pflichttheil ist nämlich ihnen entweder

1) erbeinsetzungsweise hinterlassen worden. Hier sind

a) possessorische Rechtsmittel das Interdictum quorum bonorum, und das Remedium ex L. fin. Cod. de

57) Von diesen Rechtsmitteln handeln WESTENBERG Diss. IV. de port. legit. cap. 4. *Io. Lud.* SCHMID Progr. de remediis iuris, quae liberis institutis propter legitimam competunt. *Ienae 1773.* HOFACKER T. II. §. 1718 — 1720.

58) *L.* 21. *C. famil. erciſc.* Eben so, wie dem Erben der Falcidischen sowohl als Trebellianischen Quarte wegen das Retentionsrecht zusteht. *L.* 1. §. 9. *D. ad L. Falcid.* §. 7. *I. de fideicomm. hered. L.* 1. *C. ad SCtum Trebell.*

de Edicto D. Adriani tollendo[59]). (*vid. Lib. XLIII. Tit.* 2.)

b) Petitoriſche Klagen, nämlich die Particular, Erbſchaftsklage, wenn der Beklagte ſich für den alleinigen Erben hält, und dem Notherben ſein Recht auf den Pflichttheil beſtreitet[60]), oder die Erbtheilungsklage (*actio familiae erciscundae*) wenn der Beklagte den Kläger zwar für einen Miterben anerkennt, allein wegen der Berechnung des Pflichttheils oder wegen der Theilung deſſelben zwiſchen den Partheyen ein Streit vorwaltet[61]).

2) Iſt der Pflichttheil *titulo legati* oder durch einen andern ſpeciellen Titel hinterlaſſen worden, ſo finden hier eben die Klagen ſtatt, die den Legatarien zukommen, nämlich die rei vindicatio, actio perſonalis ex teſtamento, und actio hypothecaria[62]), oder das derſelben entſprechende poſſeſſoriſche Rechtsmittel, interdictum Salvianum

59) S. Weſtphals ſyſt. Commentar über die Geſetze von Vorlegung und Eröffnung der Teſtamente ꝛc. Rechten und Pflichten des Erben, auch deſſen poſſeſſoriſchen und petitoriſchen Rechtsmitteln. 6. Th. §. 532. ff.

60) *L. 10. §. 1. D. de heredit. petit.* Weſtphals angef. Commentar §. 514. folgg. S. 328. ff.

61) *L. 2. pr. et §. 1. D. Famil. erciſc.* Weſtphals Syſtem der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. 2. Th. 2. Abſchn. §. 676. folgg.

62) LEYSER Vol. VI. Specim. CCCLXXXI. medit. 1. Anderer Meinung iſt MANZ de legitima Qu. 56. nr. 7.

num utile [63]). Nach der Praxis auch hier das remedium ex L. fin. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo [64]).

II. Die Notherben sind zwar im Testament eingesetzt, allein es ist ihnen der Pflichttheil nicht in der gehörigen Quantität hinterlassen, sondern weniger ausgesetzt worden, als jener beträgt. In diesem Falle ist das Testament an sich nicht ungültig, und kann nicht angefochten werden, wenn ihnen auch noch so wenig zum Pflichttheile wäre hinterlassen worden, und wenn auch der Testirer ausdrücklich verordnet hätte, daß sie sich damit begnügen, und von dem übrigen Vermögen ausgeschlossen seyn sollten [65]); sondern dem verletzten Notherben steht hier blos die Ergänzungsklage, *condictio ex L.* 30. *C. de inoff. testam. actio suppletoria* oder *expletoria* zu, vermöge welcher er darauf klagen kann, daß ihm der Beklagte dasjenige, was an dem Pflichttheile fehlt, nach

63) §. 3. *I. de Interdict.* MERLIN de legitima Lib. V. Tit. 4. Qu. 7.

64) LEYSER Specim. CCCLXXXI. medit. 4. sqq. REINHARTH Select. Observation. ad *Christinaei* Decisiones. Vol. IV. Obs. 35. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. Lib. XXX. §. 43. Der Theorie ist dies freylich nicht gemäß, wie *Gotfr.* MASCOV in Exercitat. iur. civ. ad L. ult. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo. *Harderovici* 1733. §. 13. und *Io. Pet. de* SPREKELSEN in Disp. de remedio ex L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo. *Goettingae 1749.* Cap. II. §. 13. gezeigt haben.

65) Anderer Meinung ist zwar *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. XIV. Err. 9. Er glaubt, es müsse in dem Falle die querela inofficiosi gebraucht werden, wenn der Notherbe von dem übrigen Vermögen des Testirers ausdrücklich ausgeschlossen worden sey. Allein ohne Grund, man sehe Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 608.

nach einem zu Recht beständigen Inventarium, oder einer eidlichen Specification von der Erbschaft aushändigen solle [66]). Die Worte der Justinianeischen Constitution [67]), worin diese Klage ihren Sitz hat, lauten so: Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes magnam et innumerabilem occasionem subvertendae eorum dispositionis amputare censemus: et in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis vel alio modo subvertendis moveri solebat actio, certa et statuta lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum, vel aliis personis, quibus eadem actio competere poterat: *ut sive adiiciatur in testamento de adimplenda legitima portione, sive non, firmum quidem sit testamentum, liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum, vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est, ad adimplendam eam sine ullo gravamine, vel mora exigere:* si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit. Nam si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare, et huiusmodi quaestionem introducere. Et haec quidem de his personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate, vel legato, vel fideicommisso, licet minorem legitima portione, reliquerint. Diese Klage setzt also

1) vor-

66) *Burckh.* BARDILI Disp. de condictione ex lege ad supplementum legitimae. *Tubingae 1659.* und *Gabr.* SCHWEDER Diss. de condictione ex lege liberis ad supplementum legitimae competente. *Tub. 1696.*

67) *L. 30. pr. C. h. t.*

1) voraus, daß der Pflichttheil dem Kläger zwar debito modo, aber nicht in debita quantitate verlassen worden sey. Nun macht zwar das Gesetz keinen Unterschied, ob dem Notherben der ihm hinterlassene geringe Theil erbeinsetzungsweise, oder als ein Legat verlassen worden ist; allein nach der Nov. 115. Kap. 3. und 4. wird bey Eltern und Kindern erfordert, daß sie in dem geringen Theil zu Erben ernannt sind. Ist dieß geschehen, so kann immerhin in Absicht des Uebrigen eine Enterbung geschehen seyn, deswegen findet doch keine Querel wegen einer Lieblosigkeit Statt. Es kommt indessen darauf an, ob die Enterbung aus einer rechtmäsigen und in der Wahrheit gegründeten Ursache geschehen ist, oder nicht. In dem ersten Falle wird die Erfüllungsklage ganz wegfallen. In dem letzten Falle hingegen kann blos auf Erfüllung des Pflichttheils geklagt werden, die Inofficiositätsklage hingegen findet hier auch dann nicht einmal Statt, wenn sich gleich bey der Art der Enterbung eine Lieblosigkeit äußern sollte[68]). In Ansehung der Geschwister hingegen würde der geringe Theil, welcher ihnen titulo legati hinterlassen worden, eben so anzusehen seyn, als wenn sie darin zu Erben wären eingesetzt worden.

2) Die Erfüllungsklage findet noch Statt, wenn auch gleich die Annehmung des hinterlassenen geringen Theils ohne allen Vorbehalt geschehen wäre. Es muß sich nur der Notherbe nicht etwa deshalb mit dem eingesetzten Haupterben verglichen, und ausdrücklich erklärt haben, daß er mit dem, was er erhalten, zufrieden seyn wolle. Justinian

68) Westphal a. a. O. §. 608. S. 459. folg.

ſtinian [69]) ſagt ausdrücklich: Et generaliter definimus: quando pater minus legitima portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis cauſa donatione, vel inter vivos, ſub ea conditione, ut haec inter vivos donatio in quartam ei computetur: *ſi filius poſt obitum patris hoc, quod relictum vel donatum eſt, ſimpliciter agnoverit, forte et ſecuritatem heredibus fecerit, quod ei relictum vel datum eſt, accepiſſe, non adiiciens, nullam ſibi ſupereſſe de repletione quaeſtionem: nullum ſibi filium facere praeiudicium, ſed legitimam partem repleri*: niſi hoc ſpecialiter, ſive in apocha, ſive in transactione ſcripſerit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte, de eo, quod deeſt, nullam habeat quaeſtionem. Tunc enim, omni excluſa querela, paternum amplecti compelletur iudicium. *Quae omnis ſanctio ſuas radices extendat non ſolum ad filium vel filiam, ſed etiam ad omnes perſonas, quae de inofficioſo querelam contra mortuorum elogia poſſunt movere.* Hiermit ſtimmt auch die Praxis überein [70]).

3) Daß der Teſtirer die Erfüllung des Pflichttheils nicht ausdrücklich verordnet hat, ſchadet nichts. Nur nach dem ältern Rechte konnte in dieſem Falle die Inofficioſitätsklage angeſtellet werden. (§. 548. S. 111.) Allein Juſtinian

69) *L. 35. §. 2. C. de inoff. teſtam.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 69.

70) Struben rechtliche Bedenken. 4. Th. Bed. 96. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. II. Obſ. 86. §. 4. WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. III. P. IV. Obſ. 9. *de* LUDOLF Obſervat. for. Obſ. 372. in Supp. pag. 347.

stinian hat auch dieses geändert. Sin vero, sagt er[71]), quantacunque pars hereditatis, vel res eis fuerit relicta; *de inofficioso querela quiescente*, id, quod eis deest, usque ad quartam legitimae partis repleatur: *licet non fuerit adiectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.* Man behauptet jedoch, daß in dem Falle, da der Testator ausdrücklich verordnet hat, daß dem Notherben das ihm etwa noch an seinem Pflichttheile Fehlende zugelegt werden möchte, auch die *actio personalis ex testamento* Statt finde[72]).

4) Die Ergänzungsklage wird wider den Miterben angestellt, durch dessen Einsetzung der Kläger im Pflichttheile verletzt worden ist. Auch dieß sagt Justinian ausdrücklich: Praecipimus, heißt es in der Nov. 115. Kap. 5 ut, quod minus legitima portione eis relictum est, hoc secundum alias nostras leges *ab heredibus* expleatur. Mehrere Rechtsgelehrte[73]) wollen zwar behaupten, sie könne auch gegen die Vermächtnißnehmer, ja zur Noth auch gegen einen Dritten, welcher von dem Vermögen des Testirers, wovon dem Kläger der Pflichttheil gebührt, etwas besitzt, angestellet werden; und halten diese Klage für eine actio in rem scripta. Allein Voet[74]) hat diese Meinung

71) §. 3. *I. h. t.* Vid. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 4. Cod. Theod. h. t. Tom. I. pag. 204.

72) VINNIUS Comm. ad §. 3. I. h. t. nr. 4. SCHMIDT cit. Progr. §. 7.

73) BARDILI cit. Diss. §. 30. SCHWEDER Diss. alleg. §, 4. MERLINUS de legitima Lib. V. Tit. 4. Qu. 6. SCHMIDT cit. Progr. §. 6. und im Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 551.

74) Commentar. ad Pand. h. t. §. 70.

nung ausführlich widerlegt, und gezeigt, daß sie eine bloße Personalklage sey. Dieser Meinung stimmen auch Just. Henn. Böhmer[75]) und Hofacker[76]) bey.

5) Die Ergänzungsklage geht ohne Unterschied auf die Erben über, ohne daß es deshalb einer besondern Agnition oder Präparation bedarf[77]).

6) Sie dauert, nach der Regel der persönlichen Klagen, dreyßig Jahre. Dies ist wenigstens nach dem heutigen Gerichtsgebrauche keinem Zweifel unterworfen[78]). In der Theorie hingegen ist es streitig. Verschiedene Rechtsgelehrte[79]) wollen nämlich behaupten, daß die suppletorische Klage schon in fünf Jahren erlösche. Diese Meinung

75) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. III. §. 40.

76) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1719.

77) *L. 34. in fin. C. h. t.* BARDILI cit. Diff. §. 27. VINNIUS Comment. ad §. 3. I. h. t. nr. 4.

78) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XIV. §. 29. FABER Cod. definition. for. Lib. III. Tit. XIX. definit. 7. GAIL practic. Observation. Lib. II. Obs. 120. nr. 7. BERLICH Conclus. pract. P. III. Concl. XIII. nr. 33. BARDILI cit. Diff. §. 43. BOEHMER de action. c. l. STRUV Exerc. X. Th. 31. MÜLLER ad *Eundem* c. l. not. γ. Struben rechtliche Bedenken. 4. Th. Bed. 96. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1187. Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 553. S. 394. Thibaut über Besitz und Verjährung §. 48. S. 130. HOFACKER T. II. §. 1719. in fine.

79) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 20. *Iac.* VOORDA Elector. cap. XI. und Ebenderselbe in Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. III. cap. 7. DORN singular. querelae testamenti inoff. capita. *Kiel. 1740.* §. 20.

gründet sich auf die letztern Worte der *L.* 34. *Cod. h. t.* wo Justinian sagt: Et si non heres apertissimis probationibus ostenderit, ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse; testamento remoto, ab intestato vocari, *nisi certa quantitas patri eius minor parte legitima relicta est:* tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem, *repletio quartae partis nepoti supereſt*, si qua patri eius competebat, ut perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi pater adhuc superstes vel repudiavit querelam, vel *quinquennio* tacuit, scilicet post aditam hereditatem. Justinian entscheidet hier den Fall, da der enterbte Sohn während der Zeit, als der ernannte Erbe sich wegen der Antretung der Erbschaft noch besann, stirbt, ohne wegen der Querel einige Zubereitung gemacht oder Aeusserungen gethan zu haben, und einen Enkel hinterläßt. Nach dem ältern Rechte rückte der Enkel nicht in die Querel nach seines Vaters Tode ein. Auch die Lex Iunia Velleja half ihm hier nichts, weil dieses Gesetz erforderte, daß der Sohn bey Lebzeiten des Vaters starb, wenn der Enkel einrücken sollte. Der Enkel hatte also keine Klage. Allein Justinian will, daß in diesem Falle der Enkel dieselben Rechte haben solle, welche der Sohn hatte. Er soll also mit voller Wirkung die Querel anstellen können, wenn gleich von dem enterbten Sohne keine Zubereitung zu dieser Klage bey dessen Lebzeiten geschehen war, es wäre denn, daß dem letztern eine gewisse Summe hinterlassen worden, die jedoch weniger als der Pflichttheil betrüge. In diesem Falle soll der Enkel, so weit dem Vater deshalb noch eine Klage zustand, blos auf Ergänzung des Pflichttheils klagen können. Nun ist die Frage, ob die

Wor-

Worte: *nisi pater adhuc superstes* etc. — vel *quinquennio tacuit*, scilicet *post aditam hereditatem*, auf die Ergänzungsklage oder auf die Inofficiositätsklage sich beziehen? Für das Erstere lassen sich sehr wichtige Gründe anführen. Erstens spricht der ganze Zusammenhang für diese Erklärung. Denn unmittelbar vorher ist von der Ergänzungsklage die Rede. Zweytens passen diese Ausnahmen gar nicht auf die Inofficiositätsklage, wenn man sie mit dem Falle vergleicht, der in dem Gesetz entschieden wird. Denn man kann sich der Klage doch nicht eher begeben, sie kann auch nicht eher verjähren, als bis eine rechtliche Möglichkeit zur Anstellung derselben vorhanden war. Nun ist die Inofficiositätsklage nicht eher nata, als bis der Erbe die Erbschaft angetreten hat [80]). Und doch wird hier der Fall vorausgesetzt, da der Enterbte während der Deliberationszeit gestorben, und also ehe noch der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hatte. Wie reimt sich das zusammen? Hierzu kommt drittens, daß wenn man die letztern Worte: *scilicet post aditam hereditatem*, von der Inofficiositätsklage verstehen wollte, Justinian hier etwas schon verordnet hätte, was er in einer, ein Jahr später, erfolgten Constitution, nämlich *L.* 36. *C. h. t.* vom Jahr 531, allererst verordnet hat, nämlich daß diese Klage gegen den ernannten Erben nicht eher angestellt werden könne, als bis dieser die Erbschaft angetreten hat; wodurch Justinian den Streit zwischen Ulpian und Modestin entschied. Daß übrigens die Benennung *querela* auch von der supplectorischen Klage gebraucht wird, ist keinem Zweifel unterworfen. Man erinnere sich an die oben aus der *L.* 35.

80) *L. 8. §. 10. D. h. t.*

§. 2. C. h. t. angeführten Worte: Tunc enim, *omni excluſa querela*, paternum amplecti compelletur iudicium.

So ſcheinbar indeſſen dieſe Gründe ſind, ſo läßt ſich doch noch manches dagegen einwenden, und zur Unterſtützung der entgegen geſetzten Erklärung anführen. Denn es war doch immer, wie Weſtenberg[81]) ſehr richtig bemerkt, die Hauptfrage von der Transmiſſion der Inofficioſitätsklage, welche Juſtinian hier entſchied. Der ſuppletoriſchen Klage geſchieht nur beyläufig Erwähnung. Es iſt alſo ſchon darum der Intention des Geſetzgebers gemäßer, die oben bemerkten Worte: *niſi pater etc.* von der Inofficioſitätsklage zu verſtehen, zumal da die unmittelbar vorhergehenden Worte: *ut perfruatur noſtro beneficio a vetuſtate quidem neglectus, a noſtro autem vigore recreatus;* ſich ohne Zweifel darauf beziehen, daß der Enkel vor Juſtinian nicht in die Querel nach des Vaters Tode einrückte, wie Weſtphal[82]) ſehr gründlich erinnert hat. Soviel hiernächſt den von der rechtlichen Unmöglichkeit einer Begebung oder Verjährung der Klage, ſo lange die Erbſchaft noch nicht angetreten iſt, hergenommenen Grund anbetrift; ſo ſteht derſelbe der entgegengeſetzten Meinung eben ſo gut entgegen, denn auch die ſuppletoriſche Condiction kann nicht eher durch Präſcription erlöſchen, als poſt aditam hereditatem. Denn nun iſt ſie erſt nata. Die Verjährung einer Klage fängt aber erſt von dem Augenblicke an, da eine rechtliche Möglichkeit zur Anſtel-

81) Diſſ. IV. de portione legitima Cap. IV. §. 12. pag 52.

82) Theorie des R. R. von Teſtamenten §. 1029 S. 764.

Anstellung derselben vorhanden war [83]). Es liegt also in den mehr besagten Worten auf jeden Fall eine Schwierigkeit, und sie lassen sich mit dem im Gesetz entschiedenen Falle, wenn der enterbte Sohn während der Zeit stirbt, da der eingesetzte Erbe deliberirt, nicht vereinigen, man mag sie von der suppletorischen, oder der Inofficiositäẗsklage verstehen; und es bleibt uns daher nichts übrig, als mit Anton Faber [84]) anzunehmen, die Constitution sey genereller, und erstrecke sich weiter, als auf den im Gesetz entschiedenen Fall, welcher blos zu dieser Constitution die Veranlassung gegeben hat. Sie soll also, nach den beygefügten Ausnahmen zu urtheilen, auf alle Fälle gehen, in quibus decesserit filius exheredatus, wie Faber sagt, sive ante sive post aditam ab extraneo hereditatem. Sodann schadet es gar nichts, wenn Justinian schon vorläufig in dieser Constitution, obgleich nur gleichsam im Vorbeygehen, sagt, daß der Lauf des Quinquenniums bey der Inofficiositäẗsklage erst nach geschehener Antretung der Erbschaft seinen Anfang nehme. Deswegen konnte er doch nachher, um den Streit zwischen Ulpian und Modestin zu entscheiden, eine besondere Constitution darüber machen, und darin festsetzen, daß der Zeitraum von fünf Jahren, nach dessen Ablauf die querela inofficiosi erlöscht, erst von der Zeit an gerechnet werden solle, da der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat. Aliud est, sagt Pürtmann [85]) sehr richtig,

83) *L. 7. §. 4. C. de praescr. 30. annor.* Thibaut über Besitz und Verjährung §. 43. S. 122.

84) De erroribus Pragmaticor. P. II. Decad. XXIX. Err. 5. p. 179. (Edit. *Lugdun.* 1604. 4.)

85) Interpretation. et Observation. iur. Rom. lib. sing. Cap. XXX. pag. 153.

quasi in transitu rei cuiusdam mentionem facere, aliud data opera sancire, quid in posterum valere debeat. Prius fecit Imperator in *L.* 34. *C. de inoff. testam.* posterius in *L.* 36. *eodem.* Ich will gar nicht erwähnen, daß der Grund der kurzen Dauer, auf welche die Inofficiositätsklage beschränkt ist, auf die weit mehr begünstigte suppletorische Klage schlechterdings nicht paßt, ich werde davon an einem andern Orte dieses Titels (§. 559.) handeln. Daß aber unter dem Wort *querela* die Inofficiositätsklage zu verstehen sey, bestärken die Basiliken [86]), welche das Wort μέμψις gebrauchen, wodurch sie immer die querelam inofficiosi bezeichnen. Mit dieser Erklärung stimmen auch Hunnius [87]), Voet [88]), Finestres [89]), Cocceji [90]) und die Gebr. Overbeck [91]) überein.

Uebrigens ist noch im Allgemeinen zu bemerken, daß bey den Klagen, die den Notherben des Pflichttheils wegen zustehen, die Verurtheilung des Beklagten eine Strafe nach sich zieht, welche darin besteht, daß er dem Kläger ausser dem

86) *Basilicor.* Tom. V. pag. 215. wo die letztern Worte der *L.* 34. *C. cit.* so ins Griechische übersetzt sind: ἐι δὲ ὁ πατὴρ αὐτὸ ἔτι περιὼν παρητήσατο προφανῶς την κατὰ τῆς διαθήκης μεμψιν, ἢ τῇ παραδρομῇ τῆς πενταετίας ἀπεκλείσθη, ἀκέτι βοηθεῖται οὗτος ὁ ἔγγονος. *Sed si pater eius adhuc superstes palam repudiaverit querelam, vel quinquennii cursu excluſus sit, non est, quo succurri nepoti possit.*

87) Var. resolution. iuris civ. Lib. II. Tract. VII. Qu. 16.

88) Commentar. ad Pand. h. t. §. 68.

89) Praelect. ad h. Tit. Cap. VIII. §. 5.

90) Iur. civ. controv. Tom. I. h. t. Qu. 35.

91) Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 4. Band. Medit. 192.

dem ihm gebührenden Pflichttheile noch den dritten Theil desjenigen, was dem Notherben im Testament hinterlassen worden ist, zur Strafe zu bezahlen condemnirt werden kann [91]).

III. Die Notherben sind durch allerley beschwerende Verfügungen und Veräusserungen in ihrem Pflichttheile verkürzt, oder ganz darum gebracht worden. Hier lassen sich folgende Fälle gedenken.

A. Der Notherbe ist zwar zum Erben eingesetzt, allein mit Vermächtnissen oder Fideicommissen so beschwert, daß ihm nach Abzug derselben wenig oder nichts von der Erbschaft übrig bleibt. Deswegen kann das Testament an sich nicht angefochten werden, wie Paulus [92]) ausdrücklich sagt: Cum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet falcidiam. Nach dem Rechte der Pandecten mußte sich also der beschwerte Notherbe mit der Falcidischen Quarte begnügen, welche den Pflichttheil absorbirte. Allein da nach der Nov. 18. Kap. 1. der Pflichttheil mehr beträgt, so würde der Notherbe sehr zu kurz kommen, wenn er mehr nicht, als die Falcidie bekäme. Nach dem neuern Rechte kann also der Notherbe den Pflichttheil inne behalten, und den Legatarien so viel abziehen, als sein Pflichttheil beträgt. Dieses Retentionsrecht kann ihm aber freylich nur denn zu statten kommen, wenn er sich in dem Besitz der Erbschaft befindet. Außer

91) *L. 33. pr. C. h. t.* WESTENBERG Diss. IV. de port. legit. Cap. IV. §. 15. will zwar behaupten, die Strafe finde h. z. T. nicht mehr Statt. Allein man sehe *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Consil. XL. Qu. 1. nr. 10. pag. 471.

92) *L. 8. §. 9. D. h. t.*

dem aber müßte er gegen den dritten Besitzer mit der Erbschaftsklage[92]), gegen die Legatarien aber, wenn diese schon ihre Legate an sich genommen haben, nach Unterschied der Fälle mit dem Interdicto quod legatorum, oder dem remedio ex L. 7. C. unde vi, oder der actione spolii klagen. Könnte aber nicht der Notherbe außer seinem Pflichttheile auch noch die Falcidische Quarte abziehen oder fordern? Einige[93]) wollen dieses behaupten. Allein andere[94]) läugnen dieses mit Recht, weil der Pflichttheil statt der Falcidischen Quarte dient. Für diese Meinung streitet auch ein klares Gesetz, *L.* 36. *pr. C. h. t.* worin es ausdrücklich heißt: *nulla Falcidia interveniente.* Ein Anders wäre, wenn der Notherbe mit einem Universalfideicommiß beschwert worden. Hier kann er nach dem Canonischen Rechte außer dem Pflichttheile auch die Trebellianische Quarte abziehen[95]).

Voet

92) SCHMIDT in Progr. (Not. 57.) cit. §. 12. nimmt eine *condictionem ex lege*, nimirum *ex Nov. 18. Cap. 1.* an. Allein Condictionen sind bloße Personalklagen.

93) MERLINUS in Tr. de legitima Lib. I. Tit. 3. Qu. 1. nr. 5. sqq.

94) *Fr.* HOTOMANNI Quaestion. illustr. Qu. 35. p. 275. *Arn.* VINNIUS in select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 29. CARPZOV Iurispr. for. P. III. Const. I. Definit. 20. SCHMIDT cit. Progr. §. 13.

95) *Cap. 16. et 18. X. de testam.* Dem Röm. Rechte ist dieses freylich nicht gemäß, wie aus *L.* 24. C. *fam. ercisc.* und *Nov. XXXIX. cap. 1.* erhellet. S. *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Disp. de iure deducendi duas, ut vulgo loquuntur, quartas: (in Vol. II. *Dissertation.* EIUS *academicar.* Nr. LVIII.) Cap. II. Th. XI. et seqq. CUJACIUS Observat. VIII. c. 3. WESTENBERG Diss. IV. de port. legit. cap. II. §. 12 — 14. Westphal syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen 2. Th. §. 1840. Anderer Meinung sind jedoch

Ant.

Voet[96]) will zwar das Recht des doppelten Abzugs nur den Kindern gestatten. Allein nach dem Geist des Canonischen Rechts kommt dieses Recht jedem andern Notherben ebenfalls zu[97]). Zwar ist in den angeführten Texten nur von Kindern die Rede, allein dieses ist blos zufällig geschehen, weil der den Päbsten zur Entscheidung vorgelegte Fall gerade Kinder betraf. Der Grund hingegen, daß ihnen als Notherben der Pflichttheil schon nach dem natürlichen Rechte, die Trebellianische Quarte aber als fiduciarischen Erben gebühre, quam quilibet extraneus restitutione gravatus deducere potuisset, ist allgemein. Der Geist jener Verordnungen des Canonischen Rechts geht also sichtbar dahin, daß überhaupt alle diejenigen Personen, welche einen Pflichttheil fordern können, ausser diesem auch die Trebellianische Quarte sollen abziehen dürfen. Es sind daher jene päbstliche Verordnungen nicht nur auf Eltern auszudehnen, wie Harpprecht und Puffendorf sehr gründlich gezeigt haben, sondern es läßt sich mit Vinnius allerdings behaupten, daß auch Brüder und Schwestern, wenn sie mit einem, an eine *persona turpis* abzuliefernden Universalfideicommiß beschwert sind, nach dem wahren Geiste des Canonischen Rechts, ausser dem Pflicht-

Ant. CONTIUS Disputation. iur. civ. Lib. I. c. 3. und vorzüglich HEINECCIUS ad *Vinnii* Comment. in Institution. Tit. de fideicommiss. heredit. §. 7. nr. 3.

96) Comm. ad Pand. h. t. §. 16.

97) S. HARPPRECHT cit. Diss. Cap. III. §. 35. sqq. MEVIUS P. VII. Decis. 19. a. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 82. §. 4. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 58. VINNIUS select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 29. in fin.

Pflichttheile, auch die Trebellianische Quarte abzuziehen berechtiget seyen [98]).

B. Der Testirer oder Erblasser hat sein Vermögen durch allerley Veräußerungen unter den Lebendigen oder von Todes wegen vermindert, und dadurch die Notherben im Pflichttheile verletzt. Diese den Pflichttheil verkürzende Veräußerungen können von zweyerley Art seyn. Sie können

1) solche seyn, welche *titulo gratuito* geschehen sind. Dahin gehören

a) Schenkungen, und zwar

α) unter den Lebendigen. Hier steht den Notherben, denen durch solche Schenkungen entweder der ganze Pflichttheil auf eine lieblose Art entzogen, oder geschmälert worden ist (donationes inofficiosae), die querela inofficiosae donationis [99]) zu, welche der Kaiser Alexander Severus [100]) nach dem Beyspiel und der Analogie der Inofficio-

98) Man vergleiche noch Griesingers Commentar über das Wirtembergische Landrecht. 6. Band. S. 369.

99) LAUTERBACH Disquisit. de donatione inofficiosa. *Tub. 1655.* BYFRIES Diss. de querela inofficiosae donationis. *Ien. 1715.* BYLEVELD Specim. de inofficiosis donationibus, Praes. *Dion. God. van der* KEESEL, *Lugduni Batavor. 1774.* def. *Christ.* RAU Diss. de querela inofficiosae donationis. *Lipsiae 1775.* Ge. *Lud.* BOEHMER Diss. de querela inofficiosae donationis fratrum. *Goettingae 1751.* WESTENBERG Diss. IX. de causis obligationum. Cap. IV. Tom. I. *Opper.* pag. 172.

100) *L. 87. §. 3. D. de legat. II.* CUJACIUS in Paratitl. ad Codic. Tom. II. Opp. prior. a *Fabrotto* editor. pag. 90. PEREZ Prae-

officiosităts klage zu ihren Besten eingeführt hat. Nach der Strenge des alten Rechts konnten Schenkungen unter den Lebendigen wegen Verletzung des Pflichttheils nicht angefochten werden, weil sich zur Zeit der gemachten Schenkungen, und also beym Leben des Donators, noch kein Pflichttheil denken ließ. (S 97.) Daher geschahe es nicht selten, daß Eltern, welche ihre Kinder zu enterben, keine Ursache hatten, und ihnen doch ihr Vermögen entziehen wollten, dieselben zwar im Testament zu Erben einsetzten, aber ihr Vermögen bey ihrem Leben durch unmäßige Schenkungen dergestalt erschöpften, daß den Kindern nichts als der leere Name der Erben übrig blieb. Hier hatte nun freylich die Inofficiosităts klage nicht statt, so lieblos auch das ganze Verfahren solcher Eltern war. Denn diese Klage entkräftet keine Schenkungen unter den Lebendigen [1]). Weil es aber doch höchst unbillig war, daß man das durch solche Schenkungen zu erhalten suchte, was durch eine letzte Willensverordnung zu thun verboten war, so wurde aus Veranlassung eines deshalb von dem Praefectus Urbi, Claudianus Julianus erstatteten Berichts nach dem Beyspiel der Inofficiosităts klage eine querela inofficiosae donationis eingeführt. Die Worte des hierauf ergangenen Rescripts des Kaisers Severus lauten, so wie sie uns Paulus am angeführten Orte aufbehalten hat, folgendergestalt: *Si liquet tibi, Iuliane carissime, aviam intervertendae inofficiosi querelae patrimonium suum donationibus in nepotem factis*

Praelect. ad Cod. Tit. de inoff. donat. nr. 1. *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. III. cap. 17. und besonders RAU cit. Dissertat. §. 2.

1) *L. 11. D. h. t.*

factis exinaniſſe: ratio depoſcit, id, quod donatum eſt, pro dimidia parte revocari. Sie betraf alſo anfänglich nur den Fall der Teſtaments-Succeßion, auch die bald nach jenem Reſcript des Kaiſers Alexander Severus erfolgte Verordnung des Kaiſers Philippus [2]) enthält noch einen bloßen Teſtamentsfall. Allein durch eine Verordnung der Kaiſer Valerianus und Gallienus [3]) wurde dieſe neue Querel nachher aus gleichem Grunde der Billigkeit auch auf den Fall der Inteſtaterbfolge ausgedehnt [4]). Precibus quidem tuis propoſita Reſcripta eos parentes denotant, qui [cum] *teſtamento facto* vivi patrimonium ſuum immenſis donationibus exinaniſſent, inane nomen heredum liberis reliquerunt: *ſed ad inteſtatos quoque eadem ratio aequitatis extenditur.* So lautet dieſe Conſtitution wörtlich.

Ob mit dieſer Querel die liebloſe Schenkung ganz, oder nur in ſo weit umgeſtoſſen werde, als der Kläger dadurch im Pflichttheile verletzt worden iſt, iſt eine ſehr beſtrittene Rechtsfrage. Das erſtere hat vorzüglich Anton Faber [5]) zwar ſehr gelehrt und ſcharfſinnig, aber doch nicht überzeugend, darzuthun geſucht. Doch hat er berühmte Anhänger an Chriſtian Thomaſius [6]), Juſt. Henning Böh-

2) *L. 1. Cod. de inoff. donation.*

3) *L. 3. C. eodem.*

4) S. *Ioſ. Fernandez de* RETES acad. Relect. de donationibus. Cap. VIII. §. 13. et 14. (in *Theſ. Meermann.* Tom. VI. p. 587.) und Weſtphals Theorie des Röm. Rechts von Teſtamenten §. 423.

5) Coniectur. iuris civ. Lib. III. cap. 17.

6) Diſſ. de legitima viventis. Cap. 3.

Böhmer [7]) und Georg Ludwig Böhmer [8]) gefunden. Diese Meinung hat auch den Beyfall der Praxis erhalten [9]). Allein der Schluß von der querela inofficiosi testamenti, so richtig er auch in andern Fällen ist, gilt hier offenbar nicht. Man beruft sich zwar auf die Verordnung des Kaisers Constantius [10]) in welcher es heißt: Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum *omnibus* querela *ad similitudinem inofficiosi testamenti* legibus fuerit introducta: ut sit in hoc *actionis utriusque* vel *una causa*, vel *similis* existimanda, vel idem et temporibus et moribus. Nach dieser deutlichen Verordnung solle also die querela inofficiosae donationis durchgehends (denn statt *omnibus*, sagt Anton Faber, müsse man *in omnibus* lesen) mit der querela inofficiosi testamenti gleichen Schritt halten. Allein dieser Beweis verliert nicht wenig von seinem Gewicht

7) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. III. §. 43. et 44.

8) Diss. de querela inoff. donat. fratrum §. 18.

9) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 23. §. 4. et 5. Struben rechtliche Bedenken. 5. Th. Bed. 125. WINCKLER in Addit. ad *Bergeri* Oecon. iuris. Lib. II. Tit. II. Th. 29. in fin. [*.*] pag. 301. (Edit. noviss. *Haubold.*) Ge. Lud. Böhmer auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 2. Abth. Decis. 88. nr. 6. Höpfner theor. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 412. S. 433. Es wird jedoch nach diesem Gerichtsgebrauche vorausgesetzt, daß das ganze Vermögen zum Nachtheil der Notherben von dem Erblasser unter den Lebendigen verschenkt worden sey, weil in diesem Falle die Schenkung eine wahre Präterition der Notherben enthalte, oder einer Enterbung gleich zu achten sey.

10) *L. fin. Cod. de inoff. donat.*

Gewicht dadurch, daß in dem Theodosianischen Codex [11]) statt omnibus richtiger *omnis* gelesen wird, welches also nun nichts anders heißt, als quaecunque querela immodicarum donationum. Andere unterscheiden daher, ob die liebloſe Schenkung an eine solche Person geschehen ist, welcher ebenfalls der Pflichttheil gebührt, oder ob das Vermögen von dem Erblasser an einen Fremden verschenkt worden sey. In dem ersten Falle könne der verletzte Notherbe nur soviel, als sein Pflichttheil beträgt, von der Schenkung zurückfordern, in dem letztern aber könne die ganze Schenkung umgestoſsen werden. So distinguiren Retes [12]), Gothofredus [13]), Janus a Costa [14]) und unter den neuern Schmidt [15]). Noch andere glauben mit Hugolinus, daß es darauf ankomme, ob der Erblasser bey der gemachten Schenkung die pflichtwidrige Absicht gehabt habe, seinen Notherben zu schaden, oder nicht. In dem ersten Falle könne die ganze Schenkung revocirt, in dem letztern aber nur soviel mittelst der Querel gefordert werden, als zum Pflichttheil oder zur Ergänzung desselben gehört; welcher Meinung besonders Berger [16]), und unter den ältern Perez [17]) ist. Allein nach

11) Tom. I. Lib. II. Tit. 20. et ad Eundem *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. pag. 210.

12) De donationib. cap. VIII. §. 15. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 588.

13) Commentar. ad L. un. Cod. Theod. de inoff. donation. Tom. I. pag. 211.

14) Comm. ad §. 3. I. de inoff. testam.

15) Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 557. not. l. S. 397. der neuesten Weberschen Ausgabe.

16) Oecon. iur. Lib. II. Tit. 2. Th. 29.

17) Praelect. in Cod. Tit. de inoff. donation. nr. 5.

nach der theoretisch richtigern Meinung wird durch die Querel nie die ganze Schenkung umgeworfen, sondern sie kann in jedem Falle immer nur insoweit revocirt werden, als der Pflichttheil dadurch verletzt worden ist. Diese Meinung hat auch die Auctorität der meisten Rechtsgelehrten [18]) für sich, und beruhet auf klarer Verordnung der Gesetze. Ich will hier nur einige der vorzüglichsten Beweisstellen anführen. Hierher gehört erstens:

L. 2. Cod. de inoff. donat.

Impp. VALERIANUS et GALLIENUS AA. *Acriae.*

Si pater omne patrimonium suum impetu quodam immensae liberalitatis in filium effudit, aut in potestate eius is permansit: et arbitri familiae erciscundae officio congruit, *ut tibi quartam partem debitae ab intestato portionis*

18) DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XIX. cap. 11. p. 1107. (edit. *Francof. 1626.* f.) BACHOV. ad *Treutlerum.* Vol. II. Disput. XIX. Th. 7. lit. H. VOET Comm. ad Pand. Lib. XXXIX. Tit. 5. §. 37. VINNIUS select. iur. quaestion. Lib. II. cap. 33. WESTENBERG Diss. IV. de portione legit. cap. III. §. 3. seqq. et Diss. IX. de causis obligationum cap. IV. §. 5. et 6. LAUTERBACH cit. Diss. §. 29. *Christ. Frid.* SCHORCHT Comm. de donatione inofficiosa pro parte legitimae rescindenda. *Ienae 1778.* RAU cit. Diss. §. 8. WALCH Controv. iur. civ. pag. 474. **Westphal von Testamenten §. 415 — 424. Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 1108.** HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1000. nr. IV. HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. pag. 301. not. t. THIES Diss. de querela inofficiosae donationis non nisi ad legitimam ex rebus donatis revocandam competente. *Goettingae 1792.* MALBLANC Princip. iur. Rom. sec. ord. Digestor. Part. II. Sect. ult. §. 790. nr. I. pag. 1059.

tionis praeſtet incolumem: aut ſi emancipatus is fuit, et quia donatio non indiget alieno adminiculo, ſed ſuis viribus nititur juxta conſtitutiones, is, qui provinciam regit, ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti querelae, auxilium tibi aequitatis impertiet.

Ein Vater hatte aus allzugroſſer Liebe und unzeitiger Freygebigkeit ſein ganzes Vermögen an ſeinen Sohn verſchenkt, und dadurch ſeiner Tochter den Pflichttheil entzogen. Hier kam es auf zwey Fragen an; 1) was ſtellt die verletzte Tochter gegen ihren beſchenkten Bruder für eine Klage an? und 2) worauf geht die Klage? Beyde Fragen entſcheiden die Kaiſer ſo, daß ſie einen Unterſchied machen, ob der beſchenkte Sohn in der väterlichen Gewalt des verſtorbenen Donators geblieben, oder noch bey deſſen Leben emancipirt worden ſey. Im erſtern Falle müſſe ſich die verletzte Tochter gegen ihren Bruder der Erbtheilungsklage bedienen. Die wegen einer liebloſen Schenkung ſonſt zuſtändige Querel fand hier nicht Statt, weil dieſelbe immer eine an ſich gültige Schenkung vorausſetzt. Nun aber waren Schenkungen der Väter an nicht emancipirte Kinder vor Juſtinian dergeſtalt nichtig, daß ſie auch nicht einmal durch den Tod des Vaters beſtätiget wurden [19]). Hatte indeſſen der Vater die Schenkung bey ſeinem Leben nicht widerrufen, ſo konnte die geſchenkte Sache dem Sohn durch den Theilungsrichter als ein Voraus zuerkannt werden.

19) *L. 1. §. 1. D. pro donato.* Si *pater* filio, quem *in poteſtate* habet, *donet*, deinde *decedat:* filius pro donato non capiet uſu: *quoniam nulla donatio eſt.* Add. *L. 2. §. 2. D. pro herede. L. 11. L. 17. Cod. de donation. L. 13. Cod. de collation.* C. *Ioſ.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. IV. cap. 23. nr. 20.

den [20]). Erſt durch dieſes arbitrium dividundae hereditatis ward die Schenkung beſtätigt, ſo daß nun erſt der beſchenkte Sohn ein Eigenthum an den ihm geſchenkten Sachen erwerben konnte [21]). Denn man ſahe die Schenkung als eine bloße deſtinatio paternae voluntatis an, wie es in einer gewiſſen Verordnung der Kaiſer Diocletian und Maximian [22]) heißt, das iſt, es ward ſo angeſehen, als ob der Vater einen letzten Willen gemacht hätte, wo nach

20) *L.* 2. *Cod. Gregor. Familiae erciſc.* (bey *Ant.* SCHULTING in *Iurisprud. Antejuſtin.* pag. 695.) wo eben dieſelben Kaiſer Valerianus und Gallienus an einen gewiſſen *Antonius Potitus* folgendermaſſen reſcribiren: Si domum, cuius memineriſti, pater tuus, cum *in poteſtate* eius ageres, nomine tuo *donandi animo* comparavit, iure quidem non ſubſiſtere donationem ſcire debuiſti. Verum ſi in extremum fati diem pater eadem animi deſtinatione duravit, *iudicium eius, juxta formam conſtitutam, eſſe ſervandum*, indubitati iuris eſt. Noch deutlicher iſt die *L. 18. Cod. Iuſtin. eodem.* Filiae, cuius nomine pater res comparavit, ſi non poſtea contrarium eius iudicium probetur, *per arbitrium dividundae hereditatis praecipuas adiudicari*, ſaepe reſcriptum eſt.

21) S. *Ant.* SCHULTING ad *Pauli* Sentent. Recept. Lib. V. Tit. XI. §. 3. not. 9. (in *Iurisprud. Antejuſtin.* pag. 473.) *Iac.* VOORDA Elector. libr. ſing. cap. 13. und Weſtphals Syſtem der Lehre von den einzeln Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage §. 756.

22) *L.* 11. *C. de donation.* Cum de bonis tuis partem quidem penes te retinuiſſe, partem vero in eum, quem in poteſtate habes, donationis titulo contuliſſe commemores: non eſt incerti iuris, *in eum, qui in ſacris familiae tuae remanet, deſtinatione magis paternae voluntatis factam, quam perfectam donationem perveniſſe.*

dem aus den Umständen sich ergebenden Willen des Erblassers die Theilung zu machen sey [23]). Der Sohn konnte also hier nicht abstiniren, sondern er mußte, wenn er die Schenkung aufrecht erhalten wissen wollte, sich auf die Klage einlassen, und an der Erbtheilung Antheil nehmen [24]). Weil jedoch der Vater sein ganzes Vermögen an den Sohn verschenkt hatte, so konnte ihm freylich nicht die ganze Schenkung zugesprochen werden, sondern es war dem Amte des Erbtheilungsrichters und der Billigkeit gemäß, der klagenden Tochter wenigstens den Pflichttheil (*quartam partem debitae ab inteſtato portionis*) [25]) zuzusprechen [26]).

In

23) Weſtphals Theorie des Röm. Rechts von Teſtamenten §. 418.

24) Da hier die dem Sohn gemachte Schenkung an sich nichtig war, so mußten ohnedem die verschenkten Güter als solche betrachtet werden, *quae in bonis manſerint, adeoque et in hereditate patris inveniantur*, wie DONELLUS c. l. pag. 1109. sagt, und also schon darum zur Theilung kommen. Doch mußte auch auf den Willen des Vaters, so weit es die Billigkeit erlaubte, Rücksicht genommen werden. *L.* 20. §. 3. *D. fam. erciſc.*

25) Man findet hier zugleich einen neuen Beweis für die oben §. 544. vertheidigte Meinung, daß der Pflichttheil immer nur ein Theil der Inteſtatportion sey.

26) Hierauf zielt die der oben angeführten *L.* 2. *Cod. Gregor. de famil. erciſc.* von Ant. Schulting aus dem Breviario Alariciano beygefügte weſtgothiſche Interpretation, in welcher es heißt: *Quod ſi maior fuerit iſta donatio, quae nomine filiifamilias facta eſt, ut omnis facultas patris quartam eius rei, quam filius donatam accepit, implere non poſſit, reliquis filiis de hac ipſa donatione Falcidia ſuppleatur.* S. SCHULTING ad h. Interpret. not. 11. (in *Iurispr. Antejuſt.* p. 695.)

In dem andern Falle hingegen, da der beschenkte Sohn noch bey Lebzeiten des Vaters emancipirt worden ist, war die ihm gemachte Schenkung an sich nicht ungültig. Sie hatte ihre Perfection dadurch erhalten, daß sie der Vater bey der Emancipation nicht ausdrücklich widerrufen hatte [27]); oder sie war gleich Anfangs gültig, wenn der Sohn zur Zeit der ihm gemachten Schenkung schon emancipirt gewesen [28]); und bedurfte also jener Bestätigung durch den arbitrum familiae erciscundae nicht. Dieß ist der Sinn der Worte: non indiget *alieno adminiculo*, sed *suis viribus nititur* iuxta constitutiones. Der emancipirte Sohn konnte daher die väterliche Erbschaft ausschlagen, und dadurch der Collation entgehen. Gegen diesen mußte also die verletzte Tochter die querelam inofficiosae donationis anstellen. Diese wird hier *auxilium aequitatis* genennt. Und worauf gieng diese Klage? Dieß haben nun zwar die Kaiser nicht ausdrücklich bestimmt. Allein aus den Worten: *ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae*, als welche nur das Recht zu klagen, oder die Form der Klage andeuten, läßt sich mit Anton Faber noch keinesweges schließen, daß in diesem Falle die ganze Schenkung habe umgeworffen werden können. Gewiß, wenn irgends die ganze Schenkung umzustoßen gewesen wäre, so wäre in jenem ersten Falle eher Grund dazu vorhanden gewesen, als in dem letztern, wie Vinnius sehr gründlich gegen Faber erinnert hat. Die Wirkung der Klage konnte also hier vernünftigerweise keine andere seyn, als in jenem ersten Falle, weil es nur darauf abgesehen war, die der Toch-

27) *L. 31. §. 2. D. de donation.*

28) *L. 11. in fin. C. eodem.*

1) voraus, daß der Pflichttheil dem Kläger zwar debito modo, aber nicht in debita quantitate verlassen worden sey. Nun macht zwar das Gesetz keinen Unterschied, ob dem Notherben der ihm hinterlassene geringe Theil erbeinsetzungsweise, oder als ein Legat verlassen worden ist; allein nach der Nov. 115. Kap. 3. und 4. wird bey Eltern und Kindern erfordert, daß sie in dem geringen Theil zu Erben ernannt sind. Ist dieß geschehen, so kann immerhin in Absicht des Uebrigen eine Enterbung geschehen seyn, deswegen findet doch keine Querel wegen einer Lieblosigkeit Statt. Es kommt indessen darauf an, ob die Enterbung aus einer rechtmäsigen und in der Wahrheit gegründeten Ursache geschehen ist, oder nicht. In dem ersten Falle wird die Erfüllungsklage ganz wegfallen. In dem letzten Falle hingegen kann blos auf Erfüllung des Pflichttheils geklagt werden, die Inofficiositätsklage hingegen findet hier auch dann nicht einmal Statt, wenn sich gleich bey der Art der Enterbung eine Lieblosigkeit äußern sollte[68]). In Ansehung der Geschwister hingegen würde der geringe Theil, welcher ihnen titulo legati hinterlassen worden, eben so anzusehen seyn, als wenn sie darin zu Erben wären eingesetzt worden.

2) Die Erfüllungsklage findet noch Statt, wenn auch gleich die Annehmung des hinterlassenen geringen Theils ohne allen Vorbehalt geschehen wäre. Es muß sich nur der Notherbe nicht etwa deshalb mit dem eingesetzten Haupterben verglichen, und ausdrücklich erklärt haben, daß er mit dem, was er erhalten, zufrieden seyn wolle. Justinian

68) Westphal a. a. O. §. 608. S. 459. folg.

ſtinian [69]) ſagt ausdrücklich: Et generaliter definimus: quando pater minus legitima portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis cauſa donatione, vel inter vivos, ſub ea conditione, ut haec inter vivos donatio in quartam ei computetur: *ſi filius poſt obitum patris hoc, quod relictum vel donatum eſt, ſimpliciter agnoverit, forte et ſecuritatem heredibus fecerit, quod ei relictum vel datum eſt, accepiſſe, non adiiciens, nullam ſibi ſupereſſe de repletione quaeſtionem: nullum ſibi filium facere praeiudicium, ſed legitimam partem repleri*: niſi hoc ſpecialiter, ſive in apocha, ſive in transactione ſcripſerit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte, de eo, quod deeſt, nullam habeat quaeſtionem. Tunc enim, omni excluſa querela, paternum amplecti compelletur iudicium. *Quae omnis ſanctio ſuas radices extendat non ſolum ad filium vel filiam, ſed etiam ad omnes perſonas, quae de inofficioſo querelam contra mortuorum elogia poſſunt movere.* Hiermit ſtimmt auch die Praxis überein [70]).

3) Daß der Teſtirer die Erfüllung des Pflichttheils nicht ausdrücklich verordnet hat, ſchadet nichts. Nur nach dem ältern Rechte konnte in dieſem Falle die Inofficioſitätsklage angeſtellet werden. (§. 548. S. 111.) Allein Juſtinian

69) *L. 35. §. 2. C. de inoff. teſtam.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 69.

70) Struben rechtliche Bedenken. 4. Th. Bed. 96. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. II. Obſ. 86. §. 4. WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. III. P. IV. Obſ. 9. *de* LUDOLF Obſervat. for. Obſ. 372. in Supp. pag. 347.

stinian hat auch dieses geändert. Sin vero, sagt er[71]), quantacunque pars hereditatis, vel res eis fuerit relicta; *de inofficioso querela quiescente*, id, quod eis deest, usque ad quartam legitimae partis repleatur: *licet non fuerit adiectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.* Man behauptet jedoch, daß in dem Falle, da der Testator ausdrücklich verordnet hat, daß dem Notherben das ihm etwa noch an seinem Pflichttheile Fehlende zugelegt werden möchte, auch die *actio personalis ex testamento* Statt finde[72]).

4) Die Ergänzungsklage wird wider den Miterben angestellt, durch dessen Einsetzung der Kläger im Pflichttheile verletzt worden ist. Auch dieß sagt Justinian ausdrücklich: Praecipimus, heißt es in der Nov. 115. Kap. 5 ut, quod minus legitima portione eis relictum est, hoc secundum alias nostras leges *ab heredibus* expleatur. Mehrere Rechtsgelehrte[73]) wollen zwar behaupten, sie könne auch gegen die Vermächtnißnehmer, ja zur Noth auch gegen einen Dritten, welcher von dem Vermögen des Testirers, wovon dem Kläger der Pflichttheil gebührt, etwas besitzt, angestellet werden; und halten diese Klage für eine actio in rem scripta. Allein Voet[74]) hat diese Meinung

71) §. 3. *I. h. t.* Vid. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 4. Cod. Theod. h. t. Tom. I. pag. 204.

72) VINNIUS Comm. ad §. 3. I. h. t. nr. 4. SCHMIDT cit. Progr. §. 7.

73) BARDILI cit. Diss. §. 30. SCHWEDER Diss. alleg. §. 4. MERLINUS de legitima Lib. V. Tit. 4. Qu. 6. SCHMIDT cit. Progr. §. 6. und im Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 551.

74) Commentar. ad Pand. h. t. §. 70.

nung ausführlich widerlegt, und gezeigt, daß sie eine blose Personalklage sey. Dieser Meinung stimmen auch Just. Henn. Böhmer[75]) und Hofacker[76]) bey.

5) Die Ergänzungsklage geht ohne Unterschied auf die Erben über, ohne daß es deshalb einer besondern Agnition oder Präparation bedarf[77]).

6) Sie dauert, nach der Regel der persönlichen Klagen, dreyßig Jahre. Dies ist wenigstens nach dem heutigen Gerichtsgebrauche keinem Zweifel unterworfen[78]). In der Theorie hingegen ist es streitig. Verschiedene Rechtsgelehrte[79]) wollen nämlich behaupten, daß die suppletorische Klage schon in fünf Jahren erlösche. Diese Meinung

75) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. III. §. 40.

76) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1719.

77) *L. 34. in fin. C. h. t.* BARDILI cit. Diss. §. 27. VINNIUS Comment. ad §. 3. I. h. t. nr. 4.

78) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XIV. §. 29. FABER Cod. definition. for. Lib. III. Tit. XIX. definit. 7. GAIL practic. Observation. Lib. II. Obs. 120. nr. 7. BERLICH Conclus. pract. P. III. Concl. XIII. nr. 33. BARDILI cit. Diss. §. 43. BOEHMER de action. c. l. STRUV Exerc. X. Th. 31. MÜLLER ad *Eundem* c. l. not. γ. Struben rechtliche Bedenken. 4. Th. Bed. 96. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1187. Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 553. S. 394. Thibaut über Besitz und Verjährung §. 48. S. 130. HOFACKER T. II. §. 1719. in fine.

79) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 20. *Iac.* VOORDA Elector. cap. XI. und Ebenderselbe in Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. III. cap. 7. DORN singular. querelae testamenti inoff. capita. *Kiel. 1740.* §. 20.

gründet sich auf die letztern Worte der *L.* 34. *Cod. h. t.* wo Justinian sagt: Et si non heres apertissimis probationibus ostenderit, ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse; testamento remoto, ab intestato vocari, *nisi certa quantitas patri eius minor parte legitima relicta est:* tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem, *repletio quartae partis nepoti supereſt*, si qua patri eius competebat, ut perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi pater adhuc superstes vel repudiavit querelam, vel *quinquennio* tacuit, scilicet post aditam hereditatem. Justinian entscheidet hier den Fall, da der enterbte Sohn während der Zeit, als der ernannte Erbe sich wegen der Antretung der Erbschaft noch besann, stirbt, ohne wegen der Querel einige Zubereitung gemacht oder Aeusserungen gethan zu haben, und einen Enkel hinterläßt. Nach dem ältern Rechte rückte der Enkel nicht in die Querel nach seines Vaters Tode ein. Auch die Lex Iunia Velleja half ihm hier nichts, weil dieses Gesetz erforderte, daß der Sohn bey Lebzeiten des Vaters starb, wenn der Enkel einrücken sollte. Der Enkel hatte also keine Klage. Allein Justinian will, daß in diesem Falle der Enkel dieselben Rechte haben solle, welche der Sohn hatte. Er soll also mit voller Wirkung die Querel anstellen können, wenn gleich von dem enterbten Sohne keine Zubereitung zu dieser Klage bey dessen Lebzeiten geschehen war, es wäre denn, daß dem letztern eine gewisse Summe hinterlassen worden, die jedoch weniger als der Pflichttheil betrüge. In diesem Falle soll der Enkel, so weit dem Vater deshalb noch eine Klage zustand, blos auf Ergänzung des Pflichttheils klagen können. Nun ist die Frage, ob die

Wor-

Worte: *nisi pater adhuc superstes* etc. — vel *quinquennio tacuit*, scilicet *post aditam hereditatem*, auf die Ergänzungsklage oder auf die Inofficiositätsklage sich beziehen? Für das Erstere lassen sich sehr wichtige Gründe anführen. Erstens spricht der ganze Zusammenhang für diese Erklärung. Denn unmittelbar vorher ist von der Ergänzungsklage die Rede. Zweytens passen diese Ausnahmen gar nicht auf die Inofficiositätsklage, wenn man sie mit dem Falle vergleicht, der in dem Gesetz entschieden wird. Denn man kann sich der Klage doch nicht eher begeben, sie kann auch nicht eher verjähren, als bis eine rechtliche Möglichkeit zur Anstellung derselben vorhanden war. Nun ist die Inofficiositätsklage nicht eher nata, als bis der Erbe die Erbschaft angetreten hat [80]). Und doch wird hier der Fall vorausgesetzt, da der Enterbte während der Deliberationszeit gestorben, und also ehe noch der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hatte. Wie reimt sich das zusammen? Hierzu kommt drittens, daß wenn man die letztern Worte: *scilicet post aditam hereditatem*, von der Inofficiositätsklage verstehen wollte; Justinian hier etwas schon verordnet hätte, was er in einer, ein Jahr später, erfolgten Constitution, nämlich *L.* 36. *C. h. t.* vom Jahr 531, allererst verordnet hat, nämlich daß diese Klage gegen den ernannten Erben nicht eher angestellt werden könne, als bis dieser die Erbschaft angetreten hat; wodurch Justinian den Streit zwischen Ulpian und Modestin entschied. Daß übrigens die Benennung *querela* auch von der supplectorischen Klage gebraucht wird, ist keinem Zweifel unterworfen. Man erinnere sich an die oben aus der *L.* 35.

80) *L. 8. §. 10. D. h. t.*

§. 2. C. h. t. angeführten Worte: Tunc enim, *omni excluſa querela*, paternum amplecti compelletur iudicium.

So ſcheinbar indeſſen dieſe Gründe ſind, ſo läßt ſich doch noch manches dagegen einwenden, und zur Unterſtützung der entgegen geſetzten Erklärung anführen. Denn es war doch immer, wie Weſtenberg[81]) ſehr richtig bemerkt, die Hauptfrage von der Transmiſſion der Inofficioſitätsklage, welche Juſtinian hier entſchied. Der ſuppletoriſchen Klage geſchieht nur beyläufig Erwähnung. Es iſt alſo ſchon darum der Intention des Geſetzgebers gemäßer, die oben bemerkten Worte: *niſi pater etc.* von der Inofficioſitätsklage zu verſtehen, zumal da die unmittelbar vorhergehenden Worte: *ut perfruatur noſtro beneficio a vetuſtate quidem neglectus, a noſtro autem vigore recreatus;* ſich ohne Zweifel darauf beziehen, daß der Enkel vor Juſtinian nicht in die Querel nach des Vaters Tode einrückte, wie Weſtphal[82]) ſehr gründlich erinnert hat. Soviel hiernächſt den von der rechtlichen Unmöglichkeit einer Begebung oder Verjährung der Klage, ſo lange die Erbſchaft noch nicht angetreten iſt, hergenommenen Grund anbetrift; ſo ſteht derſelbe der entgegengeſetzten Meinung eben ſo gut entgegen, denn auch die ſuppletoriſche Condiction kann nicht eher durch Präſcription erlöſchen, als poſt aditam hereditatem. Denn nun iſt ſie erſt nata. Die Verjährung einer Klage fängt aber erſt von dem Augenblicke an, da eine rechtliche Möglichkeit zur Anſtel-

81) Diſſ. IV. de portione legitima Cap. IV. §. 12. pag 52.

82) Theorie des R. R. von Teſtamenten §. 1029 S. 764.

Anstellung derselben vorhanden war [83]). Es liegt also in den mehr besagten Worten auf jeden Fall eine Schwierigkeit, und sie lassen sich mit dem im Gesetz entschiedenen Falle, wenn der enterbte Sohn während der Zeit stirbt, da der eingesetzte Erbe deliberirt, nicht vereinigen, man mag sie von der suppletorischen, oder der Inofficiositätsklage verstehen; und es bleibt uns daher nichts übrig, als mit Anton Faber [84]) anzunehmen, die Constitution sey genereller, und erstrecke sich weiter, als auf den im Gesetz entschiedenen Fall, welcher blos zu dieser Constitution die Veranlassung gegeben hat. Sie soll also, nach den beygefügten Ausnahmen zu urtheilen, auf alle Fälle gehen, in quibus decesserit filius exheredatus, wie Faber sagt, sive ante sive post aditam ab extraneo hereditatem. Sodann schadet es gar nichts, wenn Justinian schon vorläufig in dieser Constitution, obgleich nur gleichsam im Vorbeygehen, sagt, daß der Lauf des Quinquenniums bey der Inofficiositätsklage erst nach geschehener Antretung der Erbschaft seinen Anfang nehme. Deswegen konnte er doch nachher, um den Streit zwischen Ulpian und Modestin zu entscheiden, eine besondere Constitution darüber machen, und darin festsetzen, daß der Zeitraum von fünf Jahren, nach dessen Ablauf die querela inofficiosi erlöscht, erst von der Zeit an gerechnet werden solle, da der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat. Aliud est, sagt Pürtmann [85]) sehr richtig,

83) *L. 7. §. 4. C. de praescr. 30. annor.* Thibaut über Besitz und Verjährung §. 43. S. 122.

84) De erroribus Pragmaticor. P. II. Decad. XXIX. Err. 5. p. 179. (Edit. *Lugdun.* 1604. 4.)

85) Interpretation. et Observation. iur. Rom. lib. sing. Cap. XXX. pag. 153.

quasi in transitu rei cuiusdam mentionem facere, aliud data opera sancire, quid in posterum valere debeat. Prius fecit Imperator in *L.* 34. *C. de inoff. testam.* posterius in *L.* 36. *eodem.* Ich will gar nicht erwähnen, daß der Grund der kurzen Dauer, auf welche die Inofficiositätsklage beschränkt ist, auf die weit mehr begünstigte suppletorische Klage schlechterdings nicht paßt, ich werde davon an einem andern Orte dieses Titels (§. 559.) handeln. Daß aber unter dem Wort *querela* die Inofficiositätsklage zu verstehen sey, bestärken die Basiliken [86]), welche das Wort μέμψις gebrauchen, wodurch sie immer die querelam inofficiosi bezeichnen. Mit dieser Erklärung stimmen auch Hunnius [87]), Voet [88]), Finestres [89]), Cocceji [90]) und die Gebr. Overbeck [91]) überein.

Uebrigens ist noch im Allgemeinen zu bemerken, daß bey den Klagen, die den Notherben des Pflichttheils wegen zustehen, die Verurtheilung des Beklagten eine Strafe nach sich zieht, welche darin besteht, daß er dem Kläger ausser dem

86) *Basilicor.* Tom. V. pag. 215. wo die letztern Worte der *L.* 34. *C. cit.* so ins Griechische übersetzt sind: ἐι δὲ ὁ πατὴρ αὐτὸ ἔτι περιὼν παρητήσατο προφανῶς την κατὰ τῆς διαθήκης μεμψιν, ἢ τῇ παραδρομῇ τῆς πενταετίας ἀπεκλείσθη, ἀκέτι βοηθεῖται οὗτος ὁ ἔγγονος. *Sed si pater eius adhuc superstes palam repudiaverit querelam, vel quinquennii cursu excluſus sit, non est, quo succurri nepoti possit.*

87) Var. resolution. iuris civ. Lib. II. Tract. VII. Qu. 16.

88) Commentar. ad Pand. h. t. §. 68.

89) Praelect. ad h. Tit. Cap. VIII. §. 5.

90) Iur. civ. controv. Tom. I. h. t. Qu. 35.

91) Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 4. Band. Medit. 192.

dem ihm gebührenden Pflichttheile noch den dritten Theil desjenigen, was dem Notherben im Testament hinterlassen worden ist, zur Strafe zu bezahlen condemnirt werden kann [91]).

III. Die Notherben sind durch allerley beschwerende Verfügungen und Veräusserungen in ihrem Pflichttheile verkürzt, oder ganz darum gebracht worden. Hier lassen sich folgende Fälle gedenken.

A. Der Notherbe ist zwar zum Erben eingesetzt, allein mit Vermächtnissen oder Fideicommissen so beschwert, daß ihm nach Abzug derselben wenig oder nichts von der Erbschaft übrig bleibt. Deswegen kann das Testament an sich nicht angefochten werden, wie Paulus [92]) ausdrücklich sagt: Cum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet falcidiam. Nach dem Rechte der Pandecten mußte sich also der beschwerte Notherbe mit der Falcidischen Quarte begnügen, welche den Pflichttheil absorbirte. Allein da nach der Nov. 18. Kap. 1. der Pflichttheil mehr beträgt, so würde der Notherbe sehr zu kurz kommen, wenn er mehr nicht, als die Falcidie bekäme. Nach dem neuern Rechte kann also der Notherbe den Pflichttheil inne behalten, und den Legatarien so viel abziehen, als sein Pflichttheil beträgt. Dieses Retentionsrecht kann ihm aber freylich nur denn zu statten kommen, wenn er sich in dem Besitz der Erbschaft befindet. Außer

91) *L. 33. pr. C. h. t.* WESTENBERG Diss. IV. de port. legit. Cap. IV. §. 15. will zwar behaupten, die Strafe finde h. z. T. nicht mehr Statt. Allein man sehe *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Consil. XL. Qu. 1. nr. 10. pag. 471.

92) *L. 8. §. 9. D. h. t.*

dem aber müßte er gegen den dritten Besitzer mit der Erbschaftsklage[92]), gegen die Legatarien aber, wenn diese schon ihre Legate an sich genommen haben, nach Unterschied der Fälle mit dem Interdicto quod legatorum, oder dem remedio ex L. 7. C. unde vi, oder der actione spolii klagen. Könnte aber nicht der Notherbe außer seinem Pflichttheile auch noch die Falcidische Quarte abziehen oder fordern? Einige[93]) wollen dieses behaupten. Allein andere[94]) läugnen dieses mit Recht, weil der Pflichttheil statt der Falcidischen Quarte dient. Für diese Meinung streitet auch ein klares Gesetz, *L.* 36. *pr. C. h. t.* worin es ausdrücklich heißt: *nulla Falcidia interveniente.* Ein Anders wäre, wenn der Notherbe mit einem Universalfideicommiß beschwert worden. Hier kann er nach dem Canonischen Rechte außer dem Pflichttheile auch die Trebellianische Quarte abziehen[95]).

Voet

92) SCHMIDT in Progr. (Not. 57.) cit. §. 12. nimmt eine *condictionem ex lege*, nimirum *ex Nov. 18. Cap. 1.* an. Allein Condictionen sind bloße Personalklagen.

93) MERLINUS in Tr. de legitima Lib. I. Tit. 3. Qu. 1. nr. 5. sqq.

94) *Fr.* HOTOMANNI Quaestion. illustr. Qu. 35. p. 275. *Arn.* VINNIUS in select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 29. CARPZOV Iurispr. for. P. III. Const. I. Definit. 20. SCHMIDT cit. Progr. §. 13.

95) *Cap. 16. et 18. X. de testam.* Dem Röm. Rechte ist dieses freylich nicht gemäß, wie aus *L.* 24. *C. fam. ercisc.* und *Nov. XXXIX. cap. 1.* erhellet. S. *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Disp. de iure deducendi duas, ut vulgo loquuntur, quartas: (in Vol. II. *Dissertation.* EIUS *academicar.* Nr. LVIII.) Cap. II. Th. XI. et seqq. CUJACIUS Observat. VIII. c. 3. WESTENBERG Diss. IV. de port. legit. cap. II. §. 12 — 14. Westphal syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen 2. Th. §. 1840. Anderer Meinung sind jedoch

Ant.

Voet[96]) will zwar das Recht des doppelten Abzugs nur den Kindern gestatten. Allein nach dem Geist des Canonischen Rechts kommt dieses Recht jedem andern Notherben ebenfalls zu[97]). Zwar ist in den angeführten Texten nur von Kindern die Rede, allein dieses ist blos zufällig geschehen, weil der den Päbsten zur Entscheidung vorgelegte Fall gerade Kinder betraf. Der Grund hingegen, daß ihnen als Notherben der Pflichttheil schon nach dem natürlichen Rechte, die Trebellianische Quarte aber als fiduciarischen Erben gebühre, quam quilibet extraneus restitutione gravatus deducere potuisset, ist allgemein. Der Geist jener Verordnungen des Canonischen Rechts geht also sichtbar dahin, daß überhaupt alle diejenigen Personen, welche einen Pflichttheil fordern können, ausser diesem auch die Trebellianische Quarte sollen abziehen dürfen. Es sind daher jene päbstliche Verordnungen nicht nur auf Eltern auszudehnen, wie Harpprecht und Pufendorf sehr gründlich gezeigt haben, sondern es läßt sich mit Vinnius allerdings behaupten, daß auch Brüder und Schwestern, wenn sie mit einem, an eine *persona turpis* abzuliefernden Universalfideicommiß beschwert sind, nach dem wahren Geiste des Canonischen Rechts, ausser dem Pflicht-

Ant. CONTIUS Disputation. iur. civ. Lib. I. c. 3. und vorzüglich HEINECCIUS ad *Vinnii* Comment. in Institution. Tit. de fideicommiss. heredit. §. 7. nr. 3.

96) Comm. ad Pand. h. t. §. 16.

97) S. HARPPRECHT cit. Diss. Cap. III. §. 35. sqq. MEVIUS P. VII. Decis. 19. a. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 82. §. 4. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. I. Obs. 58. VINNIUS select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 29. in fin.

Pflichttheile, auch die Trebellianische Quarte abzuziehen berechtiget seyen [98]).

B. Der Testirer oder Erblasser hat sein Vermögen durch allerley Veräußerungen unter den Lebendigen oder von Todes wegen vermindert, und dadurch die Notherben im Pflichttheile verletzt. Diese den Pflichttheil verkürzende Veräußerungen können von zweyerley Art seyn. Sie können

1) solche seyn, welche *titulo gratuito* geschehen sind. Dahin gehören

a) Schenkungen, und zwar

α) unter den Lebendigen. Hier steht den Notherben, denen durch solche Schenkungen entweder der ganze Pflichttheil auf eine lieblose Art entzogen, oder geschmälert worden ist (donationes inofficiosae), die querela inofficiosae donationis [99]) zu, welche der Kaiser Alexander Severus [100]) nach dem Beyspiel und der Analogie der Inofficio-

98) Man vergleiche noch Griesingers Commentar über das Wirtembergische Landrecht. 6. Band. S. 369.

99) LAUTERBACH Disquisit. de donatione inofficiosa. *Tub. 1655.* FRIES Diss. de querela inofficiosae donationis. *Ien. 1715.* BYLEVELD Specim. de inofficiosis donationibus, Praes. *Dion. God. van der* KEESEL, *Lugduni Batavor. 1774.* def. *Christ.* RAU Diss. de querela inofficiosae donationis. *Lipsiae 1775.* Ge. *Lud.* BOEHMER Diss. de querela inofficiosae donationis fratrum. *Goettingae 1751.* WESTENBERG Diss. IX. de causis obligationum. Cap. IV. Tom. I. *Opper.* pag. 172.

100) *L. 87. §. 3. D. de legat. II.* CUJACIUS in Paratitl. ad Codic. Tom. II. Opp. prior. a *Fabrotto* editor. pag. 90. PEREZ Prae-

officiositätsklage zu ihren Besten eingeführt hat. Nach der Strenge des alten Rechts konnten Schenkungen unter den Lebendigen wegen Verletzung des Pflichttheils nicht angefochten werden, weil sich zur Zeit der gemachten Schenkungen, und also beym Leben des Donators, noch kein Pflichttheil denken ließ. (S 97.) Daher geschahe es nicht selten, daß Eltern, welche ihre Kinder zu enterben, keine Ursache hatten, und ihnen doch ihr Vermögen entziehen wollten, dieselben zwar im Testament zu Erben einsetzten, aber ihr Vermögen bey ihrem Leben durch unmäßige Schenkungen dergestalt erschöpften, daß den Kindern nichts als der leere Name der Erben übrig blieb. Hier hatte nun freylich die Inofficiositätsklage nicht statt, so lieblos auch das ganze Verfahren solcher Eltern war. Denn diese Klage entkräftet keine Schenkungen unter den Lebendigen [1]). Weil es aber doch höchst unbillig war, daß man das durch solche Schenkungen zu erhalten suchte, was durch eine letzte Willensverordnung zu thun verboten war, so wurde aus Veranlassung eines deshalb von dem Praefectus Urbi, Claudianus Julianus erstatteten Berichts nach dem Beyspiel der Inofficiositätsklage eine querela inofficiosae donationis eingeführt. Die Worte des hierauf ergangenen Rescripts des Kaisers Severus lauten, so wie sie uns Paulus am angeführten Orte aufbehalten hat, folgendergestalt: *Si liquet tibi, Iuliane carissime, aviam intervertendae inofficiosi querelae patrimonium suum donationibus in nepotem factis*

Praelect. ad Cod. Tit. de inoff. donat. nr. 1. *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. III. cap. 17. und besonders RAU cit. Dissertat. §. 2.

1) *L. 11. D. h. t.*

factis eximaniſſe: ratio depoſcit, id, quod donatum eſt, pro dimidia parte revocari. Sie betraf alſo anfänglich nur den Fall der Teſtaments-Succeßion, auch die bald nach jenem Reſcript des Kaiſers Alexander Severus erfolgte Verordnung des Kaiſers Philippus [2]) enthält noch einen bloßen Teſtamentsfall. Allein durch eine Verordnung der Kaiſer Valerianus und Gallienus [3]) wurde dieſe neue Querel nachher aus gleichem Grunde der Billigkeit auch auf den Fall der Inteſtaterbfolge ausgedehnt [4]). Precibus quidem tuis propoſita Reſcripta eos parentes denotant, qui [cum] *teſtamento facto* vivi patrimonium ſuum immenſis donationibus eximaniſſent, inane nomen heredum liberis reliquerunt: *ſed ad inteſtatos quoque eadem ratio aequitatis extenditur.* So lautet dieſe Conſtitution wörtlich.

Ob mit dieſer Querel die liebloſe Schenkung ganz, oder nur in ſo weit umgeſtoſſen werde, als der Kläger dadurch im Pflichttheile verletzt worden iſt, iſt eine ſehr beſtrittene Rechtsfrage. Das erſtere hat vorzüglich Anton Faber [5]) zwar ſehr gelehrt und ſcharfſinnig, aber doch nicht überzeugend, darzuthun geſucht. Doch hat er berühmte Anhänger an Chriſtian Thomaſius [6]), Juſt. Henning Böh-

2) *L. 1. Cod. de inoff. donation.*

3) *L. 3. C. eodem.*

4) S. *Ioſ. Fernandez de* RETES acad. Relect. de donationibus. Cap. VIII. §. 13. et 14. (in *Theſ. Meermann.* Tom. VI. p. 587.) und Weſtphals Theorie des Röm. Rechts von Teſtamenten §. 423.

5) Coniectur. iuris civ. Lib. III. cap. 17.

6) Diſſ. de legitima viventis. Cap. 3.

Böhmer [7]) und Georg Ludwig Böhmer [8]) gefunden. Diese Meinung hat auch den Beyfall der Praxis erhalten [9]). Allein der Schluß von der querela inofficiosi testamenti, so richtig er auch in andern Fällen ist, gilt hier offenbar nicht. Man beruft sich zwar auf die Verordnung des Kaisers Constantius [10]) in welcher es heißt: Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum *omnibus* querela *ad similitudinem inofficiosi testamenti* legibus fuerit introducta: ut sit in hoc *actionis utriusque* vel *una causa*, vel *similis* existimanda, vel idem et temporibus et moribus. Nach dieser deutlichen Verordnung solle also die querela inofficiosae donationis durchgehends (denn statt *omnibus*, sagt Anton Faber, müsse man *in omnibus* lesen) mit der querela inofficiosi testamenti gleichen Schritt halten. Allein dieser Beweis verliert nicht wenig von seinem Gewicht

7) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. III. §. 43. et 44.

8) Diss. de querela inoff. donat. fratrum §. 18.

9) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 23. §. 4. et 5. Struben rechtliche Bedenken. 5. Th. Bed. 125. WINCKLER in Addit. ad *Bergeri* Oecon. iuris. Lib. II. Tit. II. Th. 29. in fin. [*.*] pag. 301. (Edit. noviss. *Haubold.*) Ge. Lud. Böhmer auserlesene Rechtsfälle. 1. Bandes 2. Abth. Decis. 88. nr. 6. Höpfner theor. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 412. S. 433. Es wird jedoch nach diesem Gerichtsgebrauche vorausgesetzt, daß das ganze Vermögen zum Nachtheil der Notherben von dem Erblasser unter den Lebendigen verschenkt worden sey, weil in diesem Falle die Schenkung eine wahre Präterition der Notherben enthalte, oder einer Enterbung gleich zu achten sey.

10) *L. fin. Cod. de inoff. donat.*

Gewicht dadurch, daß in dem Theodosianischen Codex [11]) statt omnibus richtiger *omnis* gelesen wird, welches also nun nichts anders heißt, als quaecunque querela immodicarum donationum. Andere unterscheiden daher, ob die liebloſe Schenkung an eine solche Person geschehen ist, welcher ebenfalls der Pflichttheil gebührt, oder ob das Vermögen von dem Erblasser an einen Fremden verschenkt worden sey. In dem ersten Falle könne der verletzte Notherbe nur soviel, als sein Pflichttheil beträgt, von der Schenkung zurückfordern, in dem letztern aber könne die ganze Schenkung umgestoſsen werden. So distinguiren Retes [12]), Gothofredus [13]), Janus a Costa [14]) und unter den neuern Schmidt [15]). Noch andere glauben mit Hugolinus, daß es darauf ankomme, ob der Erblasser bey der gemachten Schenkung die pflichtwidrige Absicht gehabt habe, seinen Notherben zu schaden, oder nicht. In dem ersten Falle könne die ganze Schenkung revocirt, in dem letztern aber nur soviel mittelst der Querel gefordert werden, als zum Pflichttheil oder zur Ergänzung desselben gehört; welcher Meinung besonders Berger [16]), und unter den ältern Perez [17]) ist. Allein nach

11) Tom. I. Lib. II. Tit. 20. et ad Eundem *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. pag. 210.

12) De donationib. cap. VIII. §. 15. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 588.

13) Commentar. ad L. un. Cod. Theod. de inoff. donation. Tom. I. pag. 211.

14) Comm. ad §. 3. I. de inoff. testam.

15) Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 557. not. l. S. 397. der neuesten Weberschen Ausgabe.

16) Oecon. iur. Lib. II. Tit. 2. Th. 29.

17) Praelect. in Cod. Tit. de inoff. donation. nr. 5.

nach der theoretisch richtigern Meinung wird durch die Querel nie die ganze Schenkung umgeworfen, sondern sie kann in jedem Falle immer nur insoweit revocirt werden, als der Pflichttheil dadurch verletzt worden ist. Diese Meinung hat auch die Auctorität der meisten Rechtsgelehrten [18]) für sich, und beruhet auf klarer Verordnung der Gesetze. Ich will hier nur einige der vorzüglichsten Beweisstellen anführen. Hierher gehört erstens:

L. 2. Cod. de inoff. donat.

Impp. VALERIANUS et GALLIENUS AA. *Acriae.*

Si pater omne patrimonium suum impetu quodam immensae liberalitatis in filium effudit, aut in potestate eius is permansit: et arbitri familiae erciscundae officio congruit, *ut tibi quartam partem debitae ab intestato portionis*

18) DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XIX. cap. 11. p. 1107. (edit. *Francof. 1626.* f.) BACHOV. ad *Treutlerum.* Vol. II. Disput. XIX. Th. 7. lit. H. VOET Comm. ad Pand. Lib. XXXIX. Tit. 5. §. 37. VINNIUS select. iur. quaestion. Lib. II. cap. 33. WESTENBERG Diss. IV. de portione legit. cap. III. §. 3. seqq. et Diss. IX. de causis obligationum cap. IV. §. 5. et 6. LAUTERBACH cit. Diss. §. 29. *Christ. Frid.* SCHORCHT Comm. de donatione inofficiosa pro parte legitimae rescindenda. *Ienae 1778.* RAU cit. Diss. §. 8. WALCH Controv. iur. civ. pag. 474. Westphal von Testamenten §. 415 — 424. Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 1108. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1000. nr. IV. HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. pag. 301. not. t. THIES Diss. de querela inofficiosae donationis non nisi ad legitimam ex rebus donatis revocandam competente. *Goettingae 1792.* MALBLANC Princip. iur. Rom. sec. ord. Digestor. Part. II. Sect. ult. §. 790. nr. I. pag. 1059.

tionis praeſtet incolumem: aut ſi emancipatus is fuit, et quia donatio non indiget alieno adminiculo, ſed ſuis viribus nititur juxta conſtitutiones, is, qui provinciam regit, ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti querelae, auxilium tibi aequitatis impertiet.

Ein Vater hatte aus allzugroſſer Liebe und unzeitiger Freygebigkeit ſein ganzes Vermögen an ſeinen Sohn verſchenkt, und dadurch ſeiner Tochter den Pflichttheil entzogen. Hier kam es auf zwey Fragen an; 1) was ſtellt die verletzte Tochter gegen ihren beſchenkten Bruder für eine Klage an? und 2) worauf geht die Klage? Beyde Fragen entſcheiden die Kaiſer ſo, daß ſie einen Unterſchied machen, ob der beſchenkte Sohn in der väterlichen Gewalt des verſtorbenen Donators geblieben, oder noch bey deſſen Leben emancipirt worden ſey. Im erſtern Falle müſſe ſich die verletzte Tochter gegen ihren Bruder der Erbtheilungsklage bedienen. Die wegen einer liebloſen Schenkung ſonſt zuſtändige Querel fand hier nicht Statt, weil dieſelbe immer eine an ſich gültige Schenkung vorausſetzt. Nun aber waren Schenkungen der Väter an nicht emancipirte Kinder vor Juſtinian dergeſtalt nichtig, daß ſie auch nicht einmal durch den Tod des Vaters beſtätiget wurden [19]). Hatte indeſſen der Vater die Schenkung bey ſeinem Leben nicht widerrufen, ſo konnte die geſchenkte Sache dem Sohn durch den Theilungsrichter als ein Voraus zuerkannt werden.

19) *L. 1. §. 1. D. pro donato.* Si *pater* filio, quem *in poteſtate* habet, *donet*, deinde *decedat:* filius pro donato non capiet uſu: *quoniam nulla donatio eſt.* Add. *L. 2. §. 2. D. pro herede. L. 11. L. 17. Cod. de donation. L. 13. Cod. de collation.* C. *Ioſ.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. IV. cap. 23. nr. 20.

den [20]). Erst durch dieses arbitrium dividundae hereditatis ward die Schenkung bestätigt, so daß nun erst der beschenkte Sohn ein Eigenthum an den ihm geschenkten Sachen erwerben konnte [21]). Denn man sahe die Schenkung als eine bloße destinatio paternae voluntatis an, wie es in einer gewissen Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian [22]) heißt, das ist, es ward so angesehen, als ob der Vater einen letzten Willen gemacht hätte, wo nach

20) *L.* 2. *Cod. Gregor. Familiae erciſc.* (bey *Ant.* SCHULTING in *Iurisprud. Antejuſtin.* pag. 695.) wo eben dieselben Kaiser Valerianus und Gallienus an einen gewissen *Antonius Potitus* folgendermassen rescribiren: Si domum, cuius memineris, pater tuus, cum *in poteſtate* eius ageres, nomine tuo *donandi animo* comparavit, iure quidem non ſubſiſtere donationem ſcire debuiſti. Verum ſi in extremum fati diem pater eadem animi deſtinatione duravit, *iudicium eius, juxta formam conſtitutam, eſſe ſervandum*, indubitati iuris eſt. Noch deutlicher ist die *L. 18. Cod. Iuſtin. eodem.* Filiae, cuius nomine pater res comparavit, ſi non poſtea contrarium eius iudicium probetur, *per arbitrium dividundae hereditatis praecipuas adiudicari*, ſaepe reſcriptum eſt.

21) S. *Ant.* SCHULTING ad *Pauli* Sentent. Recept. Lib. V. Tit. XI. §. 3. not. 9. (in *Iurisprud. Antejuſtin.* pag. 473.) *Iac.* VOORDA Elector. libr. ſing. cap. 13. und Westphals System der Lehre von den einzeln Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage §. 756.

22) *L. 11. C. de donation.* Cum de bonis tuis partem quidem penes te retinuiſſe, partem vero in eum, quem in poteſtate habes, donationis titulo contuliſſe commemores: non eſt incerti iuris, *in eum, qui in ſacris familiae tuae remanet, deſtinatione magis paternae voluntatis factam, quam perfectam donationem perveniſſe.*

dem aus den Umständen sich ergebenden Willen des Erblassers die Theilung zu machen sey [23]). Der Sohn konnte also hier nicht abstiniren, sondern er mußte, wenn er die Schenkung aufrecht erhalten wissen wollte, sich auf die Klage einlassen, und an der Erbtheilung Antheil nehmen [24]). Weil jedoch der Vater sein ganzes Vermögen an den Sohn verschenkt hatte, so konnte ihm freylich nicht die ganze Schenkung zugesprochen werden, sondern es war dem Amte des Erbtheilungsrichters und der Billigkeit gemäß, der klagenden Tochter wenigstens den Pflichttheil (*quartam partem debitae ab inteſtato portionis*) [25]) zuzusprechen [26]).

In

23) Weſtphals Theorie des Röm. Rechts von Teſtamenten §. 418.

24) Da hier die dem Sohn gemachte Schenkung an sich nichtig war, so mußten ohnedem die verschenkten Güter als solche betrachtet werden, *quae in bonis manſerint, adeoque et in hereditate patris inveniantur*, wie DONELLUS c. l. pag. 1109. sagt, und also schon darum zur Theilung kommen. Doch mußte auch auf den Willen des Vaters, so weit es die Billigkeit erlaubte, Rücksicht genommen werden. *L.* 20. §. 3. *D. fam. erciſc.*

25) Man findet hier zugleich einen neuen Beweis für die oben §. 544. vertheidigte Meinung, daß der Pflichttheil immer nur ein Theil der Inteſtatportion sey.

26) Hierauf zielt die der oben angeführten *L.* 2. *Cod. Gregor. de famil. erciſc.* von Ant. Schulting aus dem Breviario Alariciano beygefügte weſtgothiſche Interpretation, in welcher es heißt: *Quod ſi maior fuerit iſta donatio, quae nomine filiifamilias facta eſt, ut omnis facultas patris quartam eius rei, quam filius donatam accepit, implere non poſſit, reliquis filiis de hac ipſa donatione Falcidia ſuppleatur.* S. SCHULTING ad h. Interpret. not. 11. (in *Iurispr. Antejuſt.* p. 695.)

In dem andern Falle hingegen, da der beschenkte Sohn noch bey Lebzeiten des Vaters emancipirt worden ist, war die ihm gemachte Schenkung an sich nicht ungültig. Sie hatte ihre Perfection dadurch erhalten, daß sie der Vater bey der Emancipation nicht ausdrücklich widerrufen hatte [27]); oder sie war gleich Anfangs gültig, wenn der Sohn zur Zeit der ihm gemachten Schenkung schon emancipirt gewesen [28]); und bedurfte also jener Bestätigung durch den arbitrum familiae erciscundae nicht. Dieß ist der Sinn der Worte: non indiget *alieno adminiculo*, sed *suis viribus nititur* iuxta constitutiones. Der emancipirte Sohn konnte daher die väterliche Erbschaft ausschlagen, und dadurch der Collation entgehen. Gegen diesen mußte also die verletzte Tochter die querelam inofficiosae donationis anstellen. Diese wird hier *auxilium aequitatis* genennt. Und worauf gieng diese Klage? Dieß haben nun zwar die Kaiser nicht ausdrücklich bestimmt. Allein aus den Worten: *ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae*, als welche nur das Recht zu klagen, oder die Form der Klage andeuten, läßt sich mit Anton Faber noch keinesweges schließen, daß in diesem Falle die ganze Schenkung habe umgeworffen werden können. Gewiß, wenn irgends die ganze Schenkung umzustoßen gewesen wäre, so wäre in jenem ersten Falle eher Grund dazu vorhanden gewesen, als in dem letztern, wie Vinnius sehr gründlich gegen Faber erinnert hat. Die Wirkung der Klage konnte also hier vernünftigerweise keine andere seyn, als in jenem ersten Falle, weil es nur darauf abgesehen war, die der Tochter

27) *L. 31. §. 2. D. de donation.*

28) *L. 11. in fin. C. eodem.*

ter zugefügte Verletzung im Pflichttheile zu verbessern; und die Kaiser unterscheiden nur darum zwischen einem emancipirten und nicht emancipirten Sohne, weil in diesem Falle das ordentliche Rechtsmittel der Erbtheilungsklage, in jenem aber das ausserordentliche Mittel der Querel zu gebrauchen war. Wie wenig übrigens bey emancipirten Kindern die Wirkung in Absicht auf Rescission der liebloſen Schenkung unterschieden sey, erhellet aus einer zweyten besonders entscheidenden Stelle, welche hier einen vorzüglichen Platz verdient.

L. 5. C. eodem.

Impp. DIOCLET. et MAXIM. AA. *Cottabeo.*

Si *totas facultates* tuas per donationes vacuas feciſti, quas in *emancipatos filios* contuliſti: id, *quod ad ſubmovendam inofficioſi teſtamenti querelam non ingratis liberis relinqui neceſſe eſt*, ex factis donationibus *detractum*, ut filii, vel nepotes poſtea ex quocunque legitimo matrimonio nati, *debitum bonorum ſubſidium* conſequantur, ad patrimonium tuum *revertetur.*

Hier hatte ja nun der Vater sein ganzes Vermögen an seine emancipirten Kinder verschenkt, und doch soll die Schenkung von den nachher gebohrnen ehelichen Kindern und Enkeln nicht ganz umgestoßen werden; sondern nur soviel davon zurückgefordert werden können, als der Pflichttheil derselben beträgt. Wir lernen sowohl aus diesem als dem vorigen Gesetz,

1) daß wenn ich auch mein ganzes Vermögen bey meinem Leben verschenkt habe, dennoch meine Notherben die ganze Schenkung nicht umstoßen können, welches

ich

ich hier besonders gegen Just. Henn. Böhmer und Höpfner erinnern muß.

2) Daß zur Begründung der Querel wegen einer donatio inofficiosa nicht erforderlich sey, daß die Schenkung gerade in der Absicht geschehen sey, den Pflichttheil der Notherben zu schmälern, oder ihnen solchen gänzlich zu entziehen. Denn wie konnte diese Absicht bey noch ungebohrnen Kindern Statt finden? und doch giebt dieses Gesetz auch den *postumis* die Querel. Es ist also zu einer donatio inofficiosa schon genug, daß sie jene Wirkung hat [29]). Auch die Praxis nimmt auf die Absicht des Donators keine Rücksicht [30]). Das hingegen läßt sich

3) aus diesem Gesetz nicht erweisen, was Cujaz [31]), Rittershusen [32]), Wißenbach [33]) und andere mehr damit haben beweisen wollen, daß auch der Donator selbst die von ihm geschehene lieblose Schenkung revociren könne. Denn wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß die Worte des

 Gesetzes

29) PEREZ Praelect. in Cod. Tit. de inoff. donat. nr. 5. HILLIGER in *Donello* Enucleat. Lib. XIX. cap. 11. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. III. membr. I. §. 14. p. 472. WESTENBERG Diss. IX. de causis obligation. Cap. IV. §. 7. Höpfner Commentar über die Institutionen §. 412. Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 1108.

30) STRUV Exercit. XL. Th. 14. PUFENDORF Tom. II. Observ. 178.

31) Expositt. Nov. 92.

32) Iure Iustinian. P. V. Cap. XIII. nr. 9. pag. 282.

33) Commentar. ad Tit. Cod. de inoff. donat. pag. 180. (edit. *Franequer.* 1701. 4.)

Gesetzes an den Donator selbst gerichtet sind, so können doch die oben angeführten letztern Worte desselben: *ad patrimonium tuum revertetur* keinesweges so verstanden werden, daß dieser selbst die Schenkung revociren könne. Wollte er sie in seinem Namen widerrufen, so würde ihm mit Recht die Einrede entgegen gesetzt werden können, daß die Schenkung in Ansehung seiner nicht für lieblos zu halten sey. Er kann sie aber auch nicht einmal im Namen seiner Notherben widerrufen. Denn nur sie sind dadurch verletzt, und nur ihnen kommt es daher zu, das ihnen dadurch zugefügte Unrecht gerichtlich zu ahnden. Nun aber steht auch diesen nicht einmal die Querel bey Lebzeiten des Donators zu. Denn es erhellet schon aus der Natur des Pflichttheils, daß dessen Verletzung erst nach dem Tode des Erblassers gerügt werden könne, weil keine legitima viventis denkbar ist. Es wäre also höchst ungereimt, wenn der Donator die Querel Nameus derjenigen sollte anstellen können, welchen sie selbst noch zur Zeit nicht zustehen würde, wenn sie auch solche anstellen wollten. Daher kann wohl der Sinn der Worte: *ad patrimonium tuum revertetur*, kein anderer seyn, als dieser, daß nach dem Tode des Donators desselben Kinder, von den verschenkten Gütern, soviel als ihr Pflichttheil beträgt, mit der querela inofficiosae donationis werden zurückfordern können [34]), wie besonders Hugo Donellus [35]) ganz überzeugend dargethan

34) Vermuthlich gieng die Anfrage des Vaters, auf welche sich die Entscheidung des Gesetzes bezieht, dahin: ob seine nachhergebohrnen Kinder eine Schenkung anfechten könnten, die noch vor ihrer Existenz geschehen sey. Vielleicht dachte der Vater: *nondum natorum nulla sunt iura.*

35) Commentar. iur. civ. Lib. XIX. cap. 11. pag. 1110.

gethan hat. Schon der Grund, den das Geſetz anführt: *ut filii vel nepotes poſtea ex quocunque legitimo matrimonio nati* debitum bonorum ſubſidium *conſequantur*, ſetzt dieſes auſſer allen Zweifel. Denn dieſes *debitum bonorum ſubſidium* iſt nichts anders, als der Pflichttheil. Dieſen können ja aber die Kinder bey Lebzeiten des Donators nicht erhalten, weil er ein Theil der Inteſtaterbportion iſt, deſſen Verletzung alſo erſt nach dem Tode des Donators vorzüglich darum gerügt werden kann, weil das Vermögen deſſelben bis dahin wieder vermehrt werden kann, und alſo nicht bloß nach dem Zuſtande, in welchem es ſich bey dem Leben des Schenkenden befindet, beurtheilt werden darf [36]). Es kann ja der Donator nachher noch immer ſoviel Vermögen bey ſeinem Leben erwerben, daß die Schenkung, die vorher als pflichtwidrig erſchien, bey ſeinem Tode nicht mehr dafür gehalten werden kann, weil der Nachlaß zum Pflichttheil hinreicht. Wäre wirklich unſer Geſetz von einer Schenkung zu verſtehen, welche der Donator ſelbſt zu wiederrufen befugt wäre, ſo würde daſſelbe ohne Zweifel dem Titel des Codex *de revocandis donationibns* eingerückt worden ſeyn, und nicht in dem Titel *de inofficioſis donationibus* die Reihe der Conſtitutionen unterbrechen, welche nur den Notherben das Rechtsmittel, liebloſe Schenkungen anzufechten, verſtatten [37]). Der Umſtand, daß hier von Kindern die Rede iſt, die erſt nach der gemachten Schenkung

36) Kleins merkwürdige Rechtsſprüche der Halliſchen Juriſten-Facultät. 1. B. S. 173.

37) Man ſehe vorzüglich RAU Diſſ. cit. §. VII. und WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. III. membr. I. §. 15. pag. 473. ſeq.

gebohren worden sind, thut nichts zur Sache. Denn die *L.* 8. *C. de revoc. donation.* die man hiebey zu Hülfe nimmt, ist hier nicht anwendbar. Sie redet bloß von einer Schenkung, die ein Patron seinem Freygelassenen gemacht hatte, und der Grund, warum gerade diesem das Recht ertheilet wird, dieselbe wegen nachher gebohrner Kinder zu widerrufen, liegt unstreitig in dem besondern Verhältniß, in welchem der Patron zu dem Freygelassenen stand [38]), und welches auf keinen andern Donator paßt, wie Gothofredus [39]), Voet [40]), Vinnius [41]) und vorzüglich Wernher [42]) sehr gelehrt und gründlich gezeigt haben.

Eine

38) Daher ist auch die *L. 8. cit.* wie dessen Inscription lehrt, an den Praefectus urbis *Orfitus* gerichtet, welcher zwischen den Patronen und Freygelassenen Recht sprach, wie aus *L.* 1. §. 2. *et* 10. *D. de officio Praef. urbi* erhellet. Die Inscription dieses Gesetzes im Justinianeischen Codex lautet zwar *ad Orphitum Praef. praetorio.* Allein daß diese Inscription falsch sey, ist aus dem Theodosianischen Codex, *L.* 3. *de revoc. donat.* (Lib. VIII. Tit. 13.) zu ersehen, und auch schon vom *Iac.* GOTHOFREDUS in not. d. ad L. 3. C. Theod. cit. (Tom. II. pag. 657.) bemerkt worden. *Orphitus*, dessen in der Inscription der *L. 8.* Erwähnung geschieht, war der MEMMIUS VITRASIUS ORFITUS III. Daß nun aber derselbe nicht Praefectus Praetorio, sondern *Praefectus Urbi* in dem Jahre 355 gewesen, in welchem Kaiser Constantius (nicht Constantinus) die *L. 8. C. de revoc. donat.* gegeben hat, zeigt *Eduard.* CORSINUS in Serie Praefectorum urbis. (*Pisis* 1763. 4.) pag. 220. sqq. mit vieler Gelehrsamkeit.

39) Commentar. ad L. 3. Cod. Theodos. de revoc. donat. Tom. II. pag. 658. sqq. (edit. *Ritter.*)

40) Commentar. ad Pand. Tom. II. Tit. de donation. §. 28.

41) Select. iur. Quaest. Lib. II. cap. 32.

Eine dritte Beweisſtelle iſt die

L. 7. C. eodem.

Iidem AA. *Ammiano.*

Si mater tua patrimonium ſuum ita profunda liberalitate in fratrem tuum eviſceratis opibus ſuis exhauſit, ut *quartae partis dimidium, quod ad excludendam inofficioſi teſtamenti querelam adverſus te ſufficeret,* in his donationibus, quas tibi largita eſt, *non habeas*: quod *immoderate* geſtum eſt, *revocabitur.*

Hier hatte eine Mutter ihr Vermögen durch Schenkungen unter ihre beyden Söhne ſo ungleich vertheilt, daß der eine nicht einmal die Hälfte des ihm von dem Vermögen gebührenden Pflichttheils erhalten hatte. Es fand alſo gegen dieſe Schenkung die Querel wegen der Liebloſigkeit ſtatt, mittelſt welcher aber die Schenkung nur in ſoweit reſcindirt werden ſoll, als der Pflichttheil dadurch verletzt worden iſt. Wir ſehen nun aus den bisher angeführten Geſetzen, daß die Wirkung der Querel die nämliche ſey, es mag dadurch den Notherben der ihnen gebührende Pflichttheil ganz oder nur zum Theil entzogen worden ſeyn.

Eine vierte Beweisſtelle iſt die beſonders deutliche

L. 8. pr. C. eodem.

Iidem AA. *Auxanoni.*

Si liqueat, matrem tuam intervertendae quaeſtionis inofficioſi cauſa patrimonium ſuum donationibus in unum filium collatis exhauſiſſe, cum adverſus eorum cogi-

42) Diſſ. qua modum donationes ob agnationem liberorum ex L. 8. C. de revoc. donat. retractandi ad ſolas largitiones patroni in libertum collatas pertinere defenditur. *Vitemb. 1724.*

cogitationes, qui consiliis supremum iudicium anticipare contendunt, et actiones filiorum exhauriunt, aditum querelae ratio deposcat: quod donatum est, *pro ratione quartae* ad instar inofficiosi testamenti convicti *diminuetur*.

Hier wird nun ganz ausdrücklich gesagt, daß wenn Jemand, um die Querel des lieblosen Testaments zu umgehen, sein Vermögen durch Schenkungen unter den Lebendigen erschöpft, und durch diese Cautel seinen Notherben, was er im Testament nicht thun durfte, den Pflichttheil zu entziehen gesucht hätte, eine solche lieblose Schenkung bis auf den Pflichttheil aufgehoben werden solle; weil es der Vernunft gemäß sey, daß in einem solchen Falle, wie bey Testamenten, welche der Inofficiosität überwiesen sind, eine Querel gestattet werde. Die Aehnlichkeit, welche hier zwischen der Querel des lieblosen Testaments und der der lieblosen Schenkung angenommen wird, betrift also nicht den Gegenstand oder die Quantität, sondern nur das Recht zu klagen. Es ist daher eine ganz unerweisliche Hypothese, wenn Anton Faber in dem Falle des Gesetzes vier Kinder annehmen will, welche die Erben des mütterlichen Nachlasses sind, und die Worte: *pro ratione quartae* von dem vierten Theile des ganzen Vermögens erklärt, welcher einem der Kinder ab intestato gebührt, wie Westphal[43]) sehr gründlich erinnert hat.

Diese Verordnungen seiner Vorfahren bestätigt endlich auch Kr. Justinian in der Novelle 92. Kap. 1. deren Worte schon oben (S. 97 folg.) nach Hombergk angeführt worden sind.

Hier-

43) Theorie des R. R. von Testamenten §. 422. S. 314. folg.

Hiermit fällt nun also der von der Aehnlichkeit beyder Querelen aus der *L.* 9. *Cod. de inoff. donat* hergenommene Grund unserer Gegner von selbst dahin. Zwar ist nicht zu läugnen, daß zwischen der querela inofficiosae donationis und der querela inofficiosi testamenti, in mehr als einer Rücksicht eine grosse Aehnlichkeit Statt findet, nämlich

a) in Absicht auf die *causa*, welche bey beyden Klagen eadem oder similis ist, wie die L. 9. cit. sagt. Denn die Klage der pflichtwidrigen Schenkung ist nach Art der Klage des lieblosen Testaments eingeführt worden, welches also, wie aus dem Vorhergehenden erhellet, soviel sagen will, daß wegen der durch eine Schenkung unter den Lebendigen veranlaßten Verkürzung des Pflichttheils eben so gut eine Klage gestattet seyn solle, als wenn die Verletzung im Testament geschehen ist.

b) In Absicht auf die Personen, unter welchen beyde Klagen Statt finden. Denn beyde Klagen können

1) nur von wahren Notherben, das ist, von solchen Verwandten des Donators angestellt werden, welchen der Pflichttheil gebührt. (§. 543.) Also von Kindern, Eltern und Geschwistern des Donators, insofern nämlich die letztern wegen einer ihnen vorgezogenen schändlichen Person einen Pflichttheil fordern können [44]).

2) Sie

44) Die Gesetze gedenken zwar nur ausdrücklich der Kinder und Eltern *L.* 1. *L.* 4. *C. de inoff. donat.* Allein daß eine Schenkung auch von Geschwistern als lieblos angefochten werden könne, wenn sie an eine schändliche Person geschehen ist, ist keinem gegründeten Zweifel unterworfen. S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. cit. de querela inofficiosae donationis fratrum §. 2. sqq. VOET ad Pand. Tit. de donation. §. 37.

2) Sie werden gegen den angestellt, durch welchen die Verletzung des Notherben geschehen ist. So wie also die querela inofficiosi testamenti zunächst gegen den im Testament eingesetzten und die Erbschaft besitzenden Erben Statt findet, so wird die Querel der lieblosen Schenkung zunächst gegen denjenigen angestellt, an welchen zum Nachtheil des Klägers die Schenkung geschehen ist, es sey ein Fremder, oder auch ein Notherbe. Sind mehrere Schenkungen zu verschiedenen Zeiten gemacht worden, so kann nur gegen den Donatar geklagt werden, mit dessen Beschenkung die Verletzung des Pflichttheils begann[45]). Es ist daher unrichtig, wenn Anton Faber[46]), Perez[47]), Voet[48]) und Wissenbach[49]) behaupten, daß alle diese Schenkungen, die erstern, wie die letztern, pro rata revocirt werden könnten, wenn ihnen gleich Walch[50]) beypflichtet. Denn aus den oben angeführten Gesetzen ist diese Meinung nicht erweislich. Es kommt auch darauf nichts an, ob die mehreren Schenkungen in kurzer oder geraumer Zeit

45) SICHARDUS in Comm. ad L. 5. C. de inoff. donat. LAUTERBACH Disq. de inofficiosa donatione §. 26. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1000. nr. V. MALBLANC Dig. P. II. Sect. II. §. 783. und Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 1108.

46) Cod. definition. for. Lib. III. Tit. 29. Definit. 7.

47) Praelect. in Cod. Tit. de inoff. donat. nr. 6.

48) Comm. ad Pand. Tom. II. Tit. de donat. §. 38.

49) Commentar. in Cod. eodem Tit. §. *Quid si plures donationes* etc. pag. 180.

50) Introd. in controv. iur. civ. pag. 476. §. 17.

Zeit nach einander geschehen sind[51]). Ob aber deswegen die Klage für eine bloß persönliche zu halten sey, ist sehr zweifelhaft. Voet[52]), Zoesius[53]) und Thibaut[54]) sind wirklich dieser Meinung. Allein dagegen hat Donellus[55]) nicht ohne Grund erinnert, daß eine Personalklage nur aus einer obligatio entstehe, der Beklagte aber sich hier dem Kläger durch kein Factum verbindlich gemacht habe. Besonders aber steht jener Meynung entgegen, wenn die Gesetze sagen, daß die Querel der pflichtwidrigen Schenkung *iuxta formam de inofficioso testamento constitutam*[56]), ferner *ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae*[57]), desgleichen *ad exemplum inofficiosi testamenti*[58]), endlich *ad instar inofficiosi testamenti*[59]) eingeführt worden sey. Sie hat also unstreitig mit der Klage des lieblosen Testaments die Eigenschaft einer qualificirten Erbschaftsklage gemein, und ist daher, wie Vaudus[60]), Just. Henn. Böh-

51) RAU cit. Diss. §. IX. pag. 29.

52) Comment. ad Pand. cit. Tit. §. 37.

53) Commentar. ad Dig. Tit. de donat. nr. 83.

54) System des Pandectenrechts a. a. O. 2. Th. S. 296.

55) Commentar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 11. pag. 1109.

56) *L. 1. C. de inoff. donat.*

57) *L. 2. L. 9. C. eodem.*

58) *L. 6. C. eodem.*

59) *L. 4. L. 8. C. eodem.* Die Worte der *L. 5. C. eodem:* ad patrimonium tuum revertetur, sind kein Beweis, daß die Klage ein bloß persönliches Rechtsmittel sey.

60) Var. Quaest. iur. civ. Lib. II. Qu. 24.

Böhmer[61]) und Rau[62]) behaupten, vielmehr zu den dinglichen Klagen zu zählen. Sie kann also, gleich der querelae inofficiosi testamenti, nicht nur gegen den Donatar, sondern auch gegen einen jeden an seine Stelle tretenden Nachfolger, welcher das Geschenk besitzt, angestellet werden, welcher läugnet, daß der Kläger dadurch in seinem Pflichttheil verkürzt sey.

c) In Rücksicht der Dauer sind beyde Klagen einander darin ähnlich, daß sie beyde nach fünf Jahren erlöschen[63]). Diese Aehnlichkeit wird nicht nur in der oben angeführten *L.* 9. ausdrücklich bemerkt, sondern es wird auch in einer Verordnung der Kaiser Gratian, Valentinian und Theodos, welche in dem Theodosianischen Codex[64]) befindlich ist, von den actionibus inofficiosis überhaupt gesagt, daß ihnen eine Dauer von fünf Jahren vorgeschrieben sey[65]). Nur in Rücksicht auf den Zeitpunct, von welchem die Verjährung bey diesen Klagen zu laufen anfängt, findet ein Unterschied Statt. Denn wenn das Quin-

61) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. III. §. 43.

62) Diss. cit. de querela inoff. donat. §. 3. pag. 11. sq.

63) *Car. Frid.* WALCH Diss. de querelae inofficiosae donationis praescriptione. *Ienae 1768.*

64) *L. 5. C. Th. de inoff. testam.* Warum dieses Gesetz dem Justinianeischen Codex nicht inserirt worden ist, sagt *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad h. L. Tom. I. pag. 206.

65) Mit Recht verwirft daher *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XL. Th. 14. not. §. nr. III. die Meinung derjenigen, welche behaupten, daß nach der Nov. 92. wegen liebloser Schenkungen eine bloße actio personalis oder *condictio ex lege* Statt finde, welche erst in 30 Jahren erlösche.

Quinquennium bey der querela inofficiosi testamenti erst von der Zeit an gerechnet wird, da der Erbe die Erbschaft angetreten hat[66]); so kann dieses freylich bey der querela inofficiosae donationis darum nicht Statt finden, weil hier von keiner Antretung der Erbschaft die Frage seyn kann. Die Verjährung bey dieser Klage nimmt also gleich nach dem Tode des Donators ihren Anfang. Falsch hingegen ist es, wenn einige haben behaupten wollen, daß sie schon bey Lebzeiten des Donators Statt finde, welche Meinung Walch[67]) schon gründlich widerlegt hat. Hierin kommen also beyde Klagen mit einander überein, daß sie erst nach dem Tode des Erblassers angestellt werden können, und daß wenn der Kläger noch minderjährig ist, das Quinquennium bey beyden Klagen nicht eher zu laufen anfange, als nachdem derselbe die Volljährigkeit erreicht hat[68]). Endlich

4) wo

66) *L. 36. §. 2. C. de inoff. testam.*

67) Dissert. cit. §. 15. et 16.

68) *L. 2. C. in quib. caus. in integr. restit. necessaria non est.* Es ist zwar in diesem Gesetze ausdrücklich nur von der querela inofficiosi die Rede. Allein die Aehnlichkeit, die nach der *L. 9. C. de inoff. donat.* zwischen jener Klage und der querela inofficiosae donationis in Absicht auf Zeit und Dauer Statt haben soll, läßt uns nicht zweifeln, daß die *L. 2. cit.* auch bey der letztern gelte. Daß es auch die Griechen so verstanden haben, beweißt eine Stelle aus HARMENOPULI Promtuar. iuris Lib. V. Tit. 9. §. 24. wo es heißt: Δύνασθαι τὸν παῖδα τὴν κατὰ τῆς διαθήκης τοῦ πατρὸς, ἢ τῆς δωρεᾶς μέμψιν κινεῖν. εἰ μὴ τὸ καταλελειμένον αὐτῷ διὰ πάντων, ἀρκεῖ αὐτῷ πρὸς τὸ ἢ ἐπέγνωτην τοῦ πατρὸς, βάλησιν ἢ

4) wo die Querel wider ein Teſtament unzuläßig iſt, und wegfällt, da findet auch die querela inofficioſae donationis nicht Statt. Dahin gehört, wenn der Beklagte beweiſen kann, daß der Kläger eine ſolche Undankbarkeit gegen den Erblaſſer begangen habe, welche nach dem Rechte der Novellen die Enterbung verdient[69]). Denn auch die querela

πέντε ἔτη παρέδραμε, καὶ μείξων ἐςὶ τῶν κὲ ἐνιαυτῶν: i. e. *Poteſt filius adverſus patris teſtamentum, aut donationem ab eo factam querelam inſtituere, niſi id, quod ei relictum eſt, omnino ad explendum trientem ſatis ſit, vel niſi patris ſui agnoverit voluntatem, vel quinquennium effluxerit, et maior ſit viginti quinque annis.*

69) *Nov. XCII. cap. 1. §. 1.* Haec tamen de liberis dicimus, qui erga ipſos grati ſunt, non vero de ingratis, *quibusve pater iuſtam et legitimam ingratitudinem obiicit.* Nam ſi hoc ita ſe habere appareat, *et cauſae ingratitudinis demonſtrentur*, leges de ingratis latae ratae ſint, per hanc noſtram legem in nullo minuendae. *Sam. de* COCCEJI in iure civ. controv. Lib. XXXIX. Tit. 5. Qu. IX. §. 2. et 4. glaubt, Juſtinian habe hier die *L. ult. C. de revoc. donat.* im Sinne gehabt, und nach dieſem Geſetz müßten daher die Urſachen der Undankbarkeit beſtimmt werden, welche die querelam inoff. donationis ausſchließen. Allein Cocceji hat nicht bedacht, daß die *L. ult. Cod. cit.* nur von den Urſachen der Undankbarkeit redet, wegen welcher der Donator ſelbſt berechtiget iſt, die Schenkung zu widerrufen. Ueberdem redet Juſtinian nicht von einem Geſetz, ſondern er gedenkt der τῶν νόμων. Ohne Zweifel verſteht alſo der Kaiſer unter den *legibus de ingratis latis* diejenigen Geſetze, welche von den Enterbungsurſachen handeln. Denn in der *Nov. CXV. cap. 3. pr.* ſagt er: Quia cauſae, ex quibus liberi ingrati iudicari debent, *per diverſas leges diſperſas*, nec clare expreſſas invenimus, —— propterea neceſſarium nobis

querela inofficiosi fällt weg, wenn eine rechtmäßige Enterbungsursache erweislich ist. Eine undankbare Handlung des Notherben, welche nach dem Rechte der Novellen keine Enterbungsursache ist, hindert nicht, die Schenkung als pflichtwidrig anzufechten [70]).

Allein dieser Aehnlichkeit ungeachtet ist dennoch unserer Querel die völlige Wirkung der Inofficiositäẗsklage nicht beygelegt worden, es ist vielmehr aus den oben angeführten Gesetzen ganz offenbar, daß lieblose Schenkungen nur in so weit widerrufen werden können, als dadurch der Pflichttheil der Notherben erweislich verletzt worden ist.

β) Schenkungen auf den Todesfall. Hier findet die Querela inofficiosae donationis nicht Statt, weil der Titel des Codex *de inoff. donat.* blos von Schenkungen unter den Lebendigen redet, und die dagegen eingeführte Querel nur dann Statt hat, wenn es an einem andern Rechtsmittel fehlt [71]). Voet [72])

bis esse visum est, *praesenti lege* illas nominatim comprehendere. Die Ursachen der Undankbarkeit, welche die querelam inoff. donationis ausschließen, müssen also nun um so mehr aus der *Nov. 115.* bestimmt werden, *cum novum non fit*, wie Paulus sagt *L. 26. D. de Legib. ut priores leges ad posteriores trahantur.* S. RAU cit. Diss. §. X.

70) Ernst Gottfr. Schmidt theoretisch pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. 3. Band. §. 558. ad 3) S. 31. folg. und Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 1108. S. 296.

71) *Io. Iac.* WISSENBACH Comment. in Cod. Tit. de inoff. donat. pag. 179. *Ant.* PEREZ Praelect. in Codic. eod. Tit. nr. 3. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XIX. cap. 11.

Wolfg.

ist zwar anderer Meinung. Allein wenn gleich diese Meinung auch bey Höpfner[73]) und Thibaut[74]) Beyfall gefunden, so widerlegt sich doch dieselbe schon dadurch von selbst, daß es dem Notherben nicht an andern Rechtsmitteln fehlt, wenn er durch Schenkungen auf den Todesfall um seinen Pflichttheil gebracht, oder darin verkürzt worden ist. Die Gesetze geben nämlich hier dem Notherben, er sey übrigens im Testament zum Erben eingesetzt, oder der Erblasser sey ohne Testament verstorben, das beneficium Falcidiae[75]). Denn der von Todes wegen Beschenkte wird wie ein Legatar angesehen, und muß sich den Abzug der Falcidie gefallen lassen[76]). Da aber der Pflichttheil nach der Nov. 18. Kap. 1. mehr beträgt, als die Falcidische Quarte, so erhält der verletzte Notherbe nun den Pflichttheil als ein Surrogat der Falcidie[77]) kann aber diesen nicht zugleich mit dem

Wolfg. Ad. LAUTERBACH Disq. de inofficiosa donat. §. 25. *Io. Ortw.* WESTENBERG Diss. IX. de causis obligationum. Cap. IV. §. 5. RAU cit. Diss. §. 3. pag. 11. Schmidt in dem angef. theor. pract. Commentar. 3. Th. §. 554. Nr. 2. S. 27. folg.

72) Comm. ad Dig. Tom. II. Tit. de donation. §. 40.

73) Theor. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 412. Not. 2. S. 435.

74) System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 1113. S. 300.

75) *L. 8. §. 9. et 11. D. h. t. L. 18. pr. D. ad Leg. Falcid. L. 5. L. 10. et 11. C. eodem.*

76) *L. 27. in fin. D. de mortis caus. donat. L. 2. Cod. de donat. mortis causa.* *Iac.* VOORDA Commentar. ad Legem Falcid. Cap. VI. §. 6.

77) Mit Recht sagt daher WISSENBACH c. l. pag. 179. *Mortis causa donatio citra querelam per legitimam minuitur. L. 1. §. 5. D. Quod legator.*

dem Pflichttheile abziehen. Denn die oben angeführten Texte des Canonischen Rechts, nämlich die bekannten capitt. *Raynutius* und *Raynaldus* sind auf Schenkungen von Todeswegen unanwendbar [78]). Ernst Gottfr. Schmidt glaubt, der durch eine solche Schenkung verletzte Notherbe könne seinen Pflichttheil mit der *condictione ex Nov.* 18. Kap. 1. fordern. Allein da hier der Notherbe den Pflichttheil als Surrogat der Falcidie erhält, so stehen ihm vielmehr diejenigen Rechtsmittel zu Gebote, welche dem Erben wegen der Falcidischen Quarte zustehen [79]).

b) Die Bestellung eines Brautschatzes. Ist dieselbe auf eine so unmäßige Art geschehen, und das Vermögen des Constituenten dadurch dergestalt erschöpft oder geschwächt worden, daß nun nach dem Tode desselben seinen hinterlassenen Notherben nicht einmal der Pflichttheil übrig bleibt, so wird eine solche Brautgabe eine pflichtwidrige, (*dos inofficiosa*) genennt. Gegen diese hat Kr. Constantius *L. un. Cod. de inoff. dotibus* ein Rechtsmittel eingeführt, welches *Querela inofficiosae dotis* genennt wird [80]).

78) Man vergleiche hier vorzüglich *Frid. Hieron. Rud.* ZIEGLER Diss. de mortis causa donatario omnium bonorum, duplicis portionis deductione ab heredibus necessariis non onerando. *Erfordiae 1798.*

79) S. VOORDA Comm. cit. cap. 13. und Westphals hermeneutisch-syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1344. S. 930. folg. Davon dereinst ad §. 1579.

80) Eine gründliche Abhandlung über dieses Rechtsmittel enthält *Io. Sylvest.* TAPPEN Diss. inaug. de remediis emendandae laesionis ex dote, et sigillatim ea, quae inofficiosa dicitur, praes. *Tob.*

Die Worte jener Constitution, welche, wie ich nachher bemerken werde, zu mancherley Mißdeutungen Anlaß gegeben haben, lauten im Justinianeischen Codex [81]) folgendermassen.

Imp.

Tob. Iac. REINHARTHO def. *Goettingae 1741.* 4. Sect. II. §. 29. seqq.

81) Diese Verordnung des Kaisers Constantius steht auch im Theodosianischen Codex Lib. II. Tit. 21. Sie ist nämlich die *L. 1. C. Th. de inoff. dotib.* Allein Tribonian hat sich hier manche Abänderungen erlaubt. Im Theodosianischen Codex lautet sie nämlich so: Cum omnis hereditas dote dicatur exhausta, concordare legibus promtum est, ut ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur, et filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur. Wahrscheinlich war hier der Fall von der Dotation einer Tochter, wodurch der Vater seinen übrigen Kindern den Pflichttheil entzogen hatte, wie auch *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad h. L. Tom. I. pag. 213. glaubt. Allein Tribonian legt einen solchen Fall unter, wo die Bestellung des pflichtwidrigen Brautschatzes von der Mutter zum Nachtheil ihrer Kinder geschehen war, wovon die *L. 2. C. Th. de inoff. donat.* redet. Diese ist ebenfalls eine Constitution des Kaisers Constantius, welche aber ihres abgeänderten Inhalts wegen nicht in den Justinianeischen Codex aufgenommen worden ist. Sie lautet so: Dote ab *uxore* marito data, *filios ex priori matrimonio*, si neque *ultra dodrantem*, neque in fraudem *legis Papiae* constituatur, de hac repetenda nullam constat habere actionem. Die Kinder der ersten Ehe sollen nach dieser Constitution in zwey Fällen eine Klage haben, das von ihrer Mutter dem Stiefvater zugebrachte Heyrathsgut zurückzufordern. Nämlich 1) wenn sie ihm über drey Viertheile ihres Vermögens zur dote zugewendet hat, so daß die Kinder den Pflichttheil nicht übrig haben. Hier können

nen

Imp. CONSTANTIUS A. ad *Maximum* Praeſidem Ciliciae.

Cum omnia bona a matre tua in dotem dicantur exhauſta, leges legibus concordare promptum eſt [82]), ut

nen ſie blos ihren Pflichttheil abfordern. 2) Wenn ſie ihrem zweyten Ehemanne mehr zugewendet hat, als die *Lex Papia* erlaubte. Dieſes Geſetz verordnete, daß ein Ehegatte, der mit dem andern keine gemeinſchaftliche Kinder hatte, *matrimonii nomine* mehr nicht als den zehnten Theil erhalten, jedoch wenn er Kinder aus erſter Ehe hätte, noch ſoviel Zehntheile bekommen ſolle, als deren Zahl beträgt. S. HEINECCII Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. c. 14. Wenn nun alſo die Mutter dem zweyten Manne alles Vermögen, um es nach ihrem Tode zu behalten, zum Heyrathsgute gegeben hatte, ſo konnten die Kinder der erſten Ehe in dieſem Falle ſoviel zurückfordern, als der Stiefvater über die Summe der *Lex Papia* bekommen hatte. Dieſe Lex Papia hat nachher Juſtinian aufgehoben. Ueberhaupt aber iſt für die Kinder der erſtern Ehe durch ein neueres Geſetz, nämlich durch die Verordnung der Kaiſer Leo und Anthemius *L. 6. C. de ſecund. nupt.* beſſer geſorgt worden, daher hat Tribonian dieſe Conſtitution aus dem Juſtinianeiſchen Codex weggelaſſen, und blos den Fall von der Mutter, welche durch pflichtwidrige Beſtellung eines Heyrathsgutes ihren Kindern den Pflichttheil entzogen hat, in das erſtere Geſetz übertragen. Man ſehe *Iac.* GOTHOFREDI Comm. ad h. L. 2. C. Th. de inoff. donat. T. I. p. 214. ſq. und Weſtphals Theorie des R. R. von Teſtamenten §. 426. S. 317.

82) Die Worte *leges legibus concordare* haben hier keinen rechten Sinn, ſo ſehr ſich auch *Ant.* FABER de Errorib. Pragmatic. Dec. XCIX. Err. 3. bemüht hat, einen hineinzubringen. Aus dem Theodoſianiſchen Codex c. 1. erhellet deutlich, daß die Leſeart unrichtig ſey, wo es blos heißt: *legibus con-*

cor-

ut ad exemplum inofficioſi teſtamenti adverſus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur, et filiis conquerentibus *emolumenta debita* conferantur. Dat. 4. Cal. Iunii, *Tatiano* et *Cereale* Coſſ. 358.

Nach den Worten dieſes Geſetzes, ſo wie es vom Tribonian interpolirt worden iſt, iſt hier von einem ſolchen Falle die Rede, da eine Mutter durch unmäßige Beſtellung eines Heyrathsgutes ihr Vermögen gänzlich erſchöpft, und dadurch ihre Kinder um den Pflichttheil gebracht hatte. Mehrere beſonders ältere Rechtsgelehrte wollen mit Baldus und Bartolus dieſes von einer Mutter verſtehen, welche ihrem zweyten Ehemanne zum Nachtheil der Kinder der erſtern Ehe ihr ganzes Vermögen zum Heyrathsgute auf eine ſolche Art überlaſſen hat, daß es derſelbe nach ihrem Tode behalten ſolle; und wollen daher blos auf dieſen Fall die Verordnung des Geſetzes einſchränken. Man ſagt, Tribonian habe hier die *L.* 2. *C. Th. de inoff. dot.* vor Augen gehabt, und aus dieſer müſſe alſo die L. un. C. Iuſt. interpretirt werden[83]). Es ſoll alſo unſer Geſetz keine Anwendung finden, wenn die Mutter ihr Vermögen ihrem erſten Ehemanne zum Heyrathsgute dergeſtalt gegeben hätte, daß er es nach ihrem Tode behalten ſolle.

Hier

cordare promtum eſt. Dieſe richtigere Leſeart haben auch alte Mspta. Die Worte ſelbſt aber haben den Sinn: facile intelligitur, legibus convenire. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 2. C. Th. de inoff. dot. und Weſtphals angef. Theorie §. 425.

83) MOLINAEUS in Tr. de inoff. teſtam. donationib. et dotibus §. 72. TRENTACINQUIUS de iure dotium Lib. III. Reſolut. III. nr. 4. SICHARDUS ad Codic. Tit. de inoff. dot.

Hier sollen die mit ihrem Manne erzeugten Kinder darum keine Klage haben, weil sie ihren Vater ohnehin beerbten, und also durch die Handlung der Mutter nicht verletzt worden wären. Allein diese ganze Erklärung streitet offenbar gegen den Geist des Gesetzes. Ohne Zweifel gebührt ja der Pflichttheil den Kindern so gut aus der mütterlichen, als der väterlichen Verlassenschaft, und kann auf keine Weise beschwert werden. Wollte man ihnen nun die Querel in diesem letztern Falle absprechen, so müßten ja die Kinder warten, bis einmal der Vater stirbt, dazu sind sie aber nicht verbunden, da ihnen der Pflichttheil gleich nach dem Tode der Mutter gebührt, wie auch Wesenbec[84]) und Brunnemann[85]) mit Recht gegen jene irrige Erklärung erinnert haben. Hätte Tribonian die *L. un.* bloß auf den Fall der *L. 2. Cod. Theod. de inoff. dot.* einschränken wollen, so hätte er das ganze Gesetz eben so gut, wie die L. 2. des Theodosianischen Codex, weglassen können, weil ja den Kindern der erstern Ehe in diesem Falle schon ein vortheilhafteres Rechtsmittel aus der *L. 6. Cod. de sec. nupt.* zusteht, nach welchem kein in zweyter Ehe lebender Ascendent seinem zweyten Ehegatten unter keinerley Titel, auch nicht als Heyrathsgut, von seinem Vermögen mehr zuwenden darf, als ein Kind erster Ehe bekommt.

Nach dem Geiste des Gesetzes, welcher dahin abzweckt, Verletzungen der Notherben im Pflichttheile durch unmäßige Dotationen zu verhüten, läßt sich also eine dos inofficiosa in folgenden Fällen gedenken:

84) Comm. ad L. un. Cod. cit. nr. 43.

85) Commentar. ad eand. L. Cod. nr. 4.

1) wenn Eltern, es sey Vater oder Mutter, einer Tochter einen solchen Brautschatz aus ihrem Vermögen gegeben haben, daß dadurch die übrigen Kinder um ihren Pflichttheil gebracht, oder darin verkürzt worden sind[86]).

2) Wenn die Mutter ihr ganzes Vermögen, oder den größten Theil desselben, ihrem Ehemanne zum Heyrathsgute dergestalt zugewendet hat, daß er es dereinst nach ihrem Tode behalten soll, und hierdurch ihren Kindern den Pflichttheil entzogen oder wenigstens geschmälert hat. Sind dadurch die Kinder der ersten Ehe verletzt worden, so ist es streitig, ob von der querela inofficiosae dotis Gebrauch zu machen sey? Mehrere Rechtsgelehrten tragen kein Bedenken, dieses zu besahen, und zwar behaupten einige[87]), die *querela inofficiosae dotis* concurrire mit dem *remedio L. 6. Cod. de secund. nupt.* dergestalt, daß die Kinder mittelst der Querel ihren Pflichttheil fordern, durch das andere Rechtsmittel aber noch auf Theilung des übrigen von ihrer verstorbenen Mutter zum Brautschatz verwendeten Vermögens gegen ihren Stiefvater klagen könnten. Andere[88]) hingegen lassen hier bloß die *Querelam inofficiosae dotis* zu, weil sie glauben, daß sie den Kindern vortheilhafter sey, als jenes *remedium L. 6. C. de sec. nupt.* Denn mittelst der Querel könnten die Kinder das ganze Vermögen ihrer Mutter von dem

86) PEREZ Praelect. in Cod. Tit. de inoff. dot. nr. 4. WISSENBACH Comm. ad Cod. eodem Tit.

87) BRUNNEMANN in Commentar. ad Tit. Cod. de inoff. dot. nr. 5. und REINHARTH cit. Diss. Sect. II. §. 41.

88) Schmidt im theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. 3. B. §. 559.

dem Stiefvater abfordern, weil hier die Mutter durch eine pflichtwidrige Handlung ihr Vermögen einem Fremden zugewendet hat. Allein die letztere Meinung beruhet auf einer falschen Voraussetzung, wie sich nachher ergeben wird. Die erstere Meinung hingegen läßt sich darum nicht vertheidigen, weil die Querela inofficiosae dotis eben so, wie die Klage des liebllosen Testaments, nach deren Beyspiel sie eingeführt worden ist, ein bloß subsidiarisches Rechtsmittel ist, welches nur dann Statt hat, wenn es an einem andern hinlänglichen Rechtsmittel fehlt [89]). Ein solches ist nun aber hier in dem *beneficio L. 6. Cod. de secund. nupt.* allerdings vorhanden. Daher ist diese Meinung mit Perez [90]), Wissenbach [91]) und andern billig zu verwerfen. Ein anders wäre, wenn die *L. 6. C. de secund. nupt.* in einem gegebenen Falle nicht zur Anwendung kommen könnte [92]).

3) Wenn eine Tochter ihr ganzes Vermögen ihrem Manne zum Heyrathsgute unwiderruflich zugewendet, und, da sie ohne Kinder verstorben, ihren Eltern den schuldigen Pflichttheil dadurch entzogen hat [93]). Endlich

4) wenn

89) WESENBEC Commentar. ad Cod. Tit. de inoff. dot. nr. 18.

90) Praelect. in Cod. Tit. de inoff. dot. nr. 2.

91) Comm. ad Cod. eodem Tit.

92) Z. B. die Kinder der ersten Ehe haben auf die L. 6. Verzicht gethan. S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de restricta de bonis suis in favorem secundi coniugis disponendi facultate. *Goett.* 1768. §. 15. Oder die Lex 6. Cod. ist in einem Lande durch besondere Gesetze oder durch eine conträre Observanz aufgehoben, wie z. B. in Sachsen. S. CARPZOV P. II. Const. XLIII. Definit. 17.

93) MERLINUS in Tr. de legitima Lib. II. Tit. I. Qu. 20. nr. 18. WESENBEC c. l. nr. 45.

1) wenn Eltern, es sey Vater oder Mutter, einer Tochter einen solchen Brautschatz aus ihrem Vermögen gegeben haben, daß dadurch die übrigen Kinder um ihren Pflichttheil gebracht, oder darin verkürzt worden sind[86]).

2) Wenn die Mutter ihr ganzes Vermögen, oder den größten Theil desselben, ihrem Ehemanne zum Heyrathsgute dergestalt zugewendet hat, daß er es dereinst nach ihrem Tode behalten soll, und hierdurch ihren Kindern den Pflichttheil entzogen oder wenigstens geschmälert hat. Sind dadurch die Kinder der ersten Ehe verletzt worden, so ist es streitig, ob von der querela inofficiosae dotis Gebrauch zu machen sey? Mehrere Rechtsgelehrten tragen kein Bedenken, dieses zu bejahen, und zwar behaupten einige[87]), die *querela inofficiosae dotis* concurrire mit dem *remedio L. 6. Cod. de secund. nupt.* dergestalt, daß die Kinder mittelst der Querel ihren Pflichttheil fordern, durch das andere Rechtsmittel aber noch auf Theilung des übrigen von ihrer verstorbenen Mutter zum Brautschatz verwendeten Vermögens gegen ihren Stiefvater klagen könnten. Andere[88]) hingegen lassen hier bloß die *Querelam inofficiosae dotis* zu, weil sie glauben, daß sie den Kindern vortheilhafter sey, als jenes *remedium L. 6. C. de sec. nupt.* Denn mittelst der Querel könnten die Kinder das ganze Vermögen ihrer Mutter von dem

86) PEREZ Praelect. in Cod. Tit. de inoff. dot. nr. 4. WISSENBACH Comm. ad Cod. eodem Tit.

87) BRUNNEMANN in Commentar. ad Tit. Cod. de inoff. dot. nr. 5. und REINHARTH cit. Diss. Sect. II. §. 41.

88) Schmidt im theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. 3. B. §. 559.

dem Stiefvater abfordern, weil hier die Mutter durch eine pflichtwidrige Handlung ihr Vermögen einem Fremden zugewendet hat. Allein die letztere Meinung beruhet auf einer falschen Voraussetzung, wie sich nachher ergeben wird. Die erstere Meinung hingegen läßt sich darum nicht vertheidigen, weil die Querela inofficiosae dotis eben so, wie die Klage des liebllosen Testaments, nach deren Beyspiel sie eingeführt worden ist, ein bloß subsidiarisches Rechtsmittel ist, welches nur dann Statt hat, wenn es an einem andern hinlänglichen Rechtsmittel fehlt [89]). Ein solches ist nun aber hier in dem *beneficio L. 6. Cod. de secund. nupt.* allerdings vorhanden. Daher ist diese Meinung mit Perez [90]), Wissenbach [91]) und andern billig zu verwerfen. Ein anders wäre, wenn die *L. 6. C. de secund. nupt.* in einem gegebenen Falle nicht zur Anwendung kommen könnte [92]).

3) Wenn eine Tochter ihr ganzes Vermögen ihrem Manne zum Heyrathsgute unwiderruflich zugewendet, und, da sie ohne Kinder verstorben, ihren Eltern den schuldigen Pflichttheil dadurch entzogen hat [93]). Endlich

4) wenn

89) WESENBEC Commentar. ad Cod. Tit. de inoff. dot. nr. 18.

90) Praelect. in Cod. Tit. de inoff. dot. nr. 2.

91) Comm. ad Cod. eodem Tit.

92) Z. B. die Kinder der ersten Ehe haben auf die L. 6. Verzicht gethan. S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de restricta de bonis suis in favorem secundi coniugis disponendi facultate. *Goett.* 1768. §. 15. Oder die Lex 6. Cod. ist in einem Lande durch besondere Gesetze oder durch eine conträre Observanz aufgehoben, wie z. B. in Sachsen. S. CARPZOV P. II. Const. XLIII. Definit. 17.

93) MERLINUS in Tr. de legitima Lib. II. Tit. I. Qu. 20. nr. 18. WESENBEC c. l. nr. 45.

4) Wenn ein Bruder oder Schwester durch Ausstattung einer schändlichen Person, oder wenn eine Schwester ihr Vermögen durch Zuwendung desselben zum Brautschatz an einen solchen Ehemann, der eine ehrlose oder anrüchtige Person ist, zum Nachtheil ihrer Geschwister, welchen unter diesen Umständen der Pflichttheil gebührt, verschwendet hat [94]).

In allen diesen Fällen ist der nämliche Grund, Verletzung des Pflichttheils durch unmäßige Ausstattung, vorhanden, daher die Anwendung des Gesetzes um so weniger einigem gegründeten Zweifel unterworfen ist, da die querela inofficiosae dotis nach dem Beyspiel der querelae inofficiosi testamenti ist eingeführt worden.

Die *Querela inofficiosae dotis* wird nun also von dem im Pflichttheile verletzten Notherben gegen den Ehemann [95]), der das zur Ungebühr bestellte Heyrathsgut empfangen, oder auch gegen die pflichtwidrig ausgestattete Tochter oder Schwester, und auch deren Erben angestellt [96]), und geht dahin, daß der Beklagte soviel, als der Pflichttheil des Klägers beträgt, oder daran fehlt, von dem zum Brautschatz empfangenen Vermögen herausgabe [97]). Ob bey der Bestellung des Heyrathsguts die Absicht obge-

94) REINHARTH s. TAPPEN cit. Diss. Sect. II. §. 42.

95) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmat. Dec. XCIX. Err. 3. und REINHARTH cit. Diss. §. 43.

96) WESENBEC c. l. nr. 48. SUENDENDOERFFER Tr. de actionib. successor. pag. 264. et 266.

97) Durch die Querel kann also nie das ganze Heyrathsgut zurückgefordert werden, auch nicht einmal in dem Falle, den

obgewaltet habe, die Notherben um ihren Pflichttheil zu bringen, oder nicht, iſt gleichviel[98]), ſo wie es denn auch darauf

den Schmidt im theor. pract. Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch. 3. B. §. 559. ausnimmt, nämlich wenn die Mutter ihr ganzes Vermögen ihrem Ehemanne zum Heyrathsgute, welches er dereinſt nach ihrem Tode behalten ſoll, zugewendet, und dadurch ihre Kinder um ihren Pflichttheil zu bringen geſucht hat. Daß dieſe Klage nur auf den Pflichttheil gehe, beweiſen die Worte der *L. un.* ut filiis conquerentibus EMOLUMENTA DEBITA conferantur, ganz deutlich. Auch der alte Interpres bey *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad Cod. Theod. Tom. I. pag. 211. verſteht jene Worte nicht anders. Dieſer interpretirt nämlich die *L. 1. C. Th. de inoff. dot.* woraus die *L. un. C. Iuſt.* gefloſſen iſt, folgendermaſſen: *Quoties per dotem ita omnis hereditas evacuata probatur, ut quarta hereditatis ipſis non fuerit reſervata, liceat filiis ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti contra dotem agere, et debitam ſibi portionem ex lege repetere.* Hierin ſtimmen nun auch faſt alle Rechtsgelehrten überein, als WESENBEC c. l. nr. 51. *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 1. C. Th. cit. Tom. I. p. 213. *Card. de* LUCA in Theatr. veritatis et Iuſtit. Tom. IV. Diſc. CLVI. de dote nr. 2. pag. 430. PEREZ in Praelect. in Tit. Cod. de inoff. dot. nr. 2. WISSENBACH in Comm. ad eund. Tit. pag. 181. PACIUS in Analyſ. Cod. eod. Tit. pag. 262. u. a. m. Selbſt diejenigen pflichten hier bey, die ſonſt in Anſehung der Querela inofficioſae donationis anderer Meinung ſind, als *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. c. l. Dieſer ſetzt den Unterſchied darin, weil dotis conſtitutio keine bloſe cauſa lucrativa ſey. *Dotis enim titulus*, ſagt er, *oneroſus eſt, quantum ad maritum, propter onera matrimonii*, L. ult. §. 1. D. Quae in fraud. creditor. L. 19. D. de Obligat. et actionib. *quamvis Veteres dotis dationem etiam inter donationes annumerarent, ut* IUSTINIANUS *refert in* L. 20. C. de donat. ante nupt. *ſcilicet ex parte dantis, non ex parte mariti accipientis, ideoque minus ex*

dote,

darauf nicht ankommt, ob der Beklagte um die Verletzung des Pflichttheils gewußt habe, oder nicht[99]). Da jedoch diese Querel nach dem Beyspiel der Klage des lieblosen Testaments ist eingeführt worden, so kann sie erst nach dem Tode desjenigen, welcher das Heyrathsgut pflichtwidrig bestellt hat, wenn auch die Ehe selbst, wegen welcher die Ausstattung geschahe, alsdann noch nicht getrennt seyn sollte, angestellet werden[100]). Ihre Dauer ist nach dem Beyspiel der querelae inofficiosi auch nur auf fünf Jahre eingeschränkt. Wesenbec[1]), Cardinal *de* LUCA[2]), Meier[3]) und Reinharth[4]) wollen zwar behaupten, die Klage dauere dreyßig Jahre. Allein es treten hier eben diejenigen Gründe ein, welche bey der querela inofficiosae donationis (S. 176) ausgeführt worden sind. Mit mir stimmen Jul Pacius[5]), Donellus[6]) und Suendendörffer[7]) überein.

Uebri-

dote, quam fieri possit, marito auferendum est, qui non aliter uxorem ducturus fuit. L. 62. in fin. D. de iure dot. Man sehe auch TAPPEN cit. Diss. §. 44.

98) WESENBEC nr. 31.

99) TAPPEN cit. Diss. §. 43.

100) PEREZ Praelect. in Cod. cit. Tit. nr. 4. MERLINUS in Tr. de legitima Lib. II. Tit. I. Qu. 20. nr. 9. sqq. *Card. de* LUCA c. l. nr. 6. pag. 432. und REINHARTH cit. Diss. §. 45.

1) l. c. nr. 55.

2) l. c. Disc. CLVI. nr. 11.

3) Colleg. Argentorat. Tom. I. Tit. de inoff. testam. §. 68. pag. 431.

4) Diss. cit. §. 46.

5) Analys. Codic. Tit. de inoff. dotib. pag. 262.

Uebrigens muß auch bey der Bestellung eines Heyrathsgutes, um zu bestimmen ob und wie weit sie für pflichtwidrig zu halten sey, auf den Bestand des Vermögens sowohl im Augenblick der vollzogenen Dotation, als zur Zeit des Todes des Constituenten gesehen werden[8]). War sie zu der Zeit, da sie geschahe, nicht pflichtwidrig, so kommt die nachherige Verringerung des Vermögens nicht in Betrachtung[9]). Es gilt hier alles, was oben (S. 97) bey der donatione inofficiosa bemerkt worden ist.

2) Die den Pflichttheil verletzende Veräußerungen, welche der Erblasser bey seinem Leben unternommen hat, können nun auch solche seyn, welche *titulo oneroso* geschehen sind. Z. B. wenn der Erblasser einen nachtheiligen Vergleich oder Tausch eingieng, oder eine Sache unter ihrem wahren Werth verkaufte, oder um einen sehr hohen Preis kaufte, und zwar in der bösen Absicht, um seine Notherben um ihren Pflichttheil zu bringen. In diesen Fällen wird den Notherben in der Praxis die *actio quasi Calvisiana*, und *quasi Faviana* gegen den gestattet, an welchen die bößliche Veräußerung geschehen ist, er sey in bona oder mala fide; wodurch die geschehene Veräußerung, soweit dem Kläger dadurch in seinem Pflichttheile geschadet worden ist, revocirt werden kann.

6) Comm. iuris civ. Lib. XIX. cap. 11. in fin.

7) Tr. de actionib. successor. Membr. III. Art. V. §. 23. p. 265. et Art. VI. §. 23. pag. 268.

8) REINHARTH s. TAPPEN cit. Diss. §. 47.

9) HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. V. Obs. 602. nr. 3. p. 17. und Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 1108.

kann [10]). Direct sind diese Klagen bey den Römern zum Besten der Patronen eingeführt worden, wenn ihre Freygelassenen durch Veräußerungen ihr Vermögen bey ihrem Leben in der Absicht vermindert hatten, um dadurch den Patron um die Succeßion zu bringen, welche demselben zuweilen ex asse, zuweilen zu einem gewissen gesetzlich bestimmten Antheil gebührte. In diesem Falle konnte nun der durch eine solche pflichtwidrige Alienation verletzte Patron, wenn der Freygelassene ein Testament hinterlassen hatte, mit der *actio Faviana* [11]), wenn er hingegen ohne Testament verstorben war, mit der *actio Calvisiana* das Veräußerte zurückfordern, soweit dadurch der dem Patron gebührende Erbtheil war geschmälert worden [12]). Diese Klagen gestattete

10) Man sehe BOEHMER doctr. de actionib. Sect. II. Cap. III. §. 41. Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 570. folgg.

11) Hellfeld nennt diese Klage §. 1262. irrig actio *Favisiana*. Ich will es indessen gern für einen Druckfehler halten. Allein es verdient doch den gerechtesten Tadel, daß dieser und so viele andere zum Theil höchst lächerliche Druckfehler, (wie z. E. der §. 1691. not. u. wo statt *dupli*, pupilli gelesen wird) in der neuesten fälschlich unter dem Namen des würdigen Herrn Geh. Justizraths Oelße (*Ienae 1801.*) erschienenen Ausgabe dieses Lehrbuchs unverbessert geblieben sind. Man würde es dem unbefugten Editor Dank wissen, wenn er, statt dieses Lehrbuch durch ungesittete Ausfälle auf verdienstvolle Männer, z. B. einen Koch, Haubold u. a. m. zu entstellen, oder mit seinen ohne Kopf und Auswahl aus Lipenius geradehin abgeschriebenen litterärischen Zusätzen zu überladen, lieber jene Fehler zu verbessern gesucht hätte.

12) Vid. Tit. Pand. *Si quid in fraudem patroni factum sit* (XXXVIII. 5.) *L. 1. Cod. eodem.*

stattete man nachher auch einem arrogirten Unmündigen, wenn der Arrogator sein Vermögen bey seinem Leben in der Absicht vermindert hatte, um dem Unmündigen den vierten Theil der Güter zu entziehen, welcher demselben nach der Verordnung des Krs. Pius z. B. in dem Falle gebührt, wenn er ohne rechtmäßige Ursache emancipirt worden ist [13]). Nach dieser Analogie giebt nun die Praxis jene Klagen auch den Kindern, wenn der Vater durch oneröse Veräußerungen unter den Lebendigen sein Vermögen in der Absicht geschwächt hat, um sie um ihren Pflichttheil zu bringen [14]). Diese actio *quasi Calvisiana* und *quasi Faviana* unterscheiden sich jedoch darin von den oben angeführten Querelen,

1) daß sie auf Seiten des Erblassers einen Dolus voraussetzen [15]), welcher jederzeit von dem Kläger bewiesen werden muß, weil es zur Begründung der Klage gehört [16]). Auf Seiten des Beklagten kommt es zwar nicht darauf an, ob er in bona oder mala fide ist. Doch hat derselbe, wenn ihm eine Sache von dem Erblasser zum Nachtheil seiner Notherben zu wohlfeil verkauft worden, die Wahl, ob er dasjenige noch nachzahlen will, um wieviel

er

13) *L. 13. D. Si quid in fraud. patroni.*

14) FACHINAEUS Controvers. iur. Lib. VI. cap. 85. BRUNNEMANN Comment. ad L. fin. D. Si quid in fraud. patr. LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. Lib. XXXVIII. Tit. 5. §. 3. LEYSER Specim. XCI. medit. 2.

15) *L. 1. §. 4. D. eod.*

16) *L. 1. §. 1. D. eod. L. 6. D. de probation.* Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 3. B. §. 574.

er die Sache zu wohlfeil erhalten, oder ob er die Sache selbst wieder zurückgeben und sein Kaufgeld wieder nehmen will. Ist er hingegen der Verkäufer, dem die Sache zu theuer abgekauft worden; so kann er, wenn er will, entweder das zuviel Erhaltene wieder herausgeben, oder die Sache zurücknehmen, und das ganze Kaufgeld restituiren [17]).

2) Die Klagen sind blos persönliche, jedoch perpetuirliche Klagen, welche erst nach 30 Jahren erlöschen [18]).

Darin aber kommen sie mit den Querelen überein, daß sie nur subsidiarische Rechtsmittel [19]) sind, und nur auf den Pflichttheil gehen [20]). Sie fallen jedoch weg, wenn die veräußerte Sache nicht mehr existirt [21]). Der Beklagte muß sie nur nicht dolose zu besitzen aufgehört haben. Sonst findet das iuramentum in litem wider ihn Statt [22]).

Cujaz

17) *L. 1. §. 12. et 13. D. Si quid in fraud. patroni.* BOEHMER c. l. und Schmidt a. a. O. wollen zwar dem Beklagten diese Wahl nur dann gestatten, wenn er in bona fide ist. Allein die angeführten Gesetze unterscheiden nicht. E. MEIER Colleg. Argentorat. Lib. XXXVIII. Tit. 5. §. 7. nr. VI. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. II. Tit. Si quid in fraud. patroni. nr. IV. pag. 625.

18) *L. 1. §. 26. L. 3. §. 1. D. eodem.*

19) *L. 1. §. 19. D. Si quid in fraud. patr. L. 16. pr. et §. 2. D. de iure patron.*

20) *L. 1. §. 11. et 21. D. Si quid in fraud. patroni. L. 1. C. eodem.*

21) *L. 10. D. eodem.*

22) *L. 5. §. 1. D. eodem.*

Cujaz [23]), Crell [24]) und Hommel [25]) wollen jedoch den Gebrauch dieser Klagen bezweifeln, theils weil die Gesetze nicht einmal hierin den Vater einem Patron gleichgeachtet wissen wollen, um ihm diese Klagen zu gestatten [26]); theils weil solche pflichtwidrige Veräußerungen doch am Ende alle auf eine solche Freygebigkeit oder Schenkung unter den Lebendigen hinauslaufen, derentwegen den Notherben schon die Querela inofficiosae donationis zusteht. Allein so erheblich auch diese Gründe an sich sind, so würde sich doch noch immer zur Rechtfertigung der in der Praxis den Kindern gestatteten Quasi Calvisianischen und Quasi Favianischen Klage mit Grund dagegen einwenden lassen, daß der Gebrauch derselben noch keinesweges dadurch aufgehoben werde, wenn die Gesetze diese Rechtsmittel dem Vater in der Maße absprechen, wie sie dem Patron zustanden, da doch die Gesetze selbige den arrogirten Unmündigen wegen der ihnen gebührenden Quarte ausdrücklich einräumen, und diese Rechtsmittel darin vortheilhafter, als jene Querel, sind, daß sie erst nach dreyßig Jahren erlöschen Nicht zu gedenken, was besonders Brunnemann [27]) erinnert, daß auch in Ansehung des Vaters sich die Sache durch das neuere

23) Tract. I. ad African.

24) Diss. Utrum liberi actione quasi calvisiana venditiones parentum inofficiosas revocare possint? *Vitemb 1739.*

25) Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 602. nr. 6. pag. 18.

26) *L. 2. D. Si a parente quis manumiss. sit.* Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam *Faviana* aut *Calvisiana* actio ei detur; quia iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.

27) Commentar. ad L. 2. D. Si a parente quis manumiss.

Röm. Recht geändert zu haben scheine, seitdem die Kaiser Diocletian und Maximian die Querelam inofficiosae donationis auch den Eltern gegeben haben [28]). Konnten nun also die Kinder durch keine Schenkungen unter den Lebendigen den Pflichttheil der Eltern weiter verkürzen, so kann ihnen nun auch der Grund, aus welchem Cajus [29]) dem Vater die Calvisianische Klage abspricht, *quia iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem*, keinesweges mehr zum Deckmantel gereichen, um den Eltern durch oneröse Veräußerungen unter den Lebendigen den Pflichttheil bößlicher weise zu entziehen.

Uebrigens ist im Allgemeinen noch zu bemerken,

1) daß bey den bisher erklärten Rechtsmitteln eine zum Nachtheil des Pflichttheils der Notherben wirklich geschehene Verminderung des Vermögens des Erblassers vorausgesetzt wird. Wenn daher der Erblasser etwas blos zu erwerben unterlassen haben sollte, z. B. er hat eine ihm angefallene Erbschaft, oder ein ansehnliches Vermächtniß ausgeschlagen, gesetzt auch, es sey in der Absicht geschehen, um dadurch seinen Notherben zu schaden, so finden jene Klagen nicht Statt [30]).

2) Daß diese Klagen auch auf die Erben übergehen [31]).

§. 151.

28) *L. 4. C. de inoff. donat.*

29) *L. cit. 2. D. Si a parente quis manumiss.*

30) Arg. *L. 2. 3. 4. 7. et 8. C. de inoff. donat. L. un. C. de inoff. dot. L. 1. §. 6. D. Si quid in fraud. patroni.* Pütters auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 1. Th. Resp. CCLIX. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 3. Th. §. 570. S. 43.

31) *L. 1. §. 26. D. Si quid in fraud. patroni.*

§. 551.

Enterbung und Präterition der Notherben, deren Wirkungen, und dagegen eingeführte Rechtsmittel. Was ist ein testamentum inofficiosum?

Der letzte und wichtigste Fall, der jetzt noch zu erörtern übrig ist, ist

IV. der, wenn Notherben im Testament des Erblassers, der ihnen den Pflichttheil zu hinterlassen schuldig war, enterbt, oder präterirt worden sind. Um nun zu bestimmen, was den Notherben in diesem Falle für Rechtsmittel zustehen, muß vor allen Dingen das Nöthige von den Wirkungen der Exheredation und Präterition vorausgeschickt werden [32]). Unter der Enterbung versteht man im eigentlichen Sinn die ausdrückliche Erklärung des Erblassers, daß derjenige, dem sonst der Pflichttheil gehört hätte, nicht Erbe seyn solle, welche in einem Testamente auf eine gesetzmäßige Art geschehen ist. Eine solche Enterbung findet also

32) *Luc. van de* POLL de exheredatione et praeteritione Rom. atque hod. liber. sing. *Ultrajecti 1712. 4. Ios.* FINESTRES Praelection. Cervarienſ. ſ. Commentar. academ. ad Tit. Pand. de liberis et poſtumis heredib. inſtit. vel exhered. *Cervariae 1750. 4. de la* LANDE Comm. ad Tit. Cod. de liberis praeterit. vel exheredat. (in MEERMANNI *Theſ. iur. civ. et canon. Tom. IV.* pag. 400.) *Io. Nic.* SCHEDELL (WEBER) Diſſ. de eo, quod circa materiam exheredationis et praeteritionis Nov. 115. c. 3. mutatum eſt. *Gieſſae 1725. Car. Chriſt.* HOFACKER Diſſ. ſiſtens hiſtoriam iuris civ. de exhaeredatione et praeteritione ad interpretationem Nov. CXV. et L. 4. C. de lib. praet. *Tübingae* 1782. 4. u. Fried. Chriſt. Boock ſyſtemat. Entwickelung der Lehre von der Enterbung nach Röm. Juſtin. Recht. Schleswig 1799. 8.

1) nur bey Notherben statt. Zuweilen wird zwar der Ausdruck *exheredare* in den Röm. Gesetzen auch von willkührlichen Erben gebraucht, welche im Testament eingesetzt worden sind, allein auf einen gewissen Fall enterbt seyn sollen [33]). Dieß geschieht aber in einem ganz uneigentlichen Verstande [34]).

2) Sie ist eine Ausschließung von der ganzen Erbschaft. Nach dem ältern Römischen Recht kam zwar nichts darauf an, ob man den Notherben ganz ausgeschlossen, oder ihm seinen Pflichttheil nicht ganz vollständig hinterlassen hatte. Es konnte in dem einem Falle so gut, wie in dem andern, die Inofficiositätsklage angestellt werden, wie Wilh. Ranchinus [35]) und Anton Schulting [36]) gezeigt haben. Denn man mußte dem Notherben seinen Pflichttheil vollständig hinterlassen haben, wenn man sein Testament gegen die Querel vollkommen sichern wollte [37]), oder glaubte man, daß dasjenige, was man ihm zum Pflicht-

theil

33) Man sehe z. B. *L. 44. D. de heredib. instit. L. 27. D. de L. Falcid. L. 41. §. 8. D. de Legat. III.*

34) Ein Beyspiel giebt uns die alte Cretionsformel bey Ulpian *Fragm. Tit. XXII. §. 27.* Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris, poterisque: nisi ita creveris, exheres esto.

35) Variar. Lection. Lib. III. cap. 6. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. V. pag. 954.)

36) Ad *Iul.* PAULI *Sentent. Recept.* Lib. IV. Tit. V. §. 7. not. 21. in Iurisprud. Antejustin. pag. 398.

37) *L. 8. §. 8. et 9. D. h. t. L. 2. Cod. Gregor. eod. L. 30. L. 31. C. Iust. eodem. Ian. a* COSTA in Comm. ad §. 3. I. de inoff. testam.

theil hinterließ, noch nicht hinreichend seyn möchte, so mußte man wenigstens ausdrücklich in seinem Testament erklären, daß das Fehlende boni viri arbitratu ergänzt werden sollte. In diesem Falle fiel schon vor Justinian die Querel weg, und der Notherbe konnte bloß auf Ergänzung des Pflichttheils klagen, wenn derselbe nach dem Bestand der Erbmasse nicht vollständig war [38]). Daß aber alles dieses Justinian geändert habe, ist schon oben (S. 145) vorgekommen. Nach dem neuern Röm. Rechte ist also ein Notherbe nur dann für enterbt zu halten, wenn er von der Erbschaft gänzlich ausgeschlossen worden. Ist er instituirt, wenn gleich nur in einem so geringen Theile der Erbschaft, daß dieser bey weitem den Pflichttheil nicht erschöpft, so kann das Testament nicht als lieblos angefochten, sondern nur auf die Ergänzung des Pflichttheils geklagt werden, der Testator mag es ausdrücklich gesagt haben, daß der Pflichttheil ergänzt werden solle, oder nicht. (S. 145. Nr. 3.)

3) Die Enterbung ist eine ausdrückliche Ausschließung des Notherben. Es kommt zwar hierbey nicht auf bestimmte Worte und Formeln an, mit welchen sie geschieht. Diese sind durch Kaisers Constantius [39]) Verordnung aufgehoben, welche nicht blos von der Erbeseinsetzung, sondern auch von der Enterbung gilt. Daher sagt Justinian [40]), wenn Jemand seinen Sohn auf folgende Art ausgeschlossen hätte: *filius meus alienus meae substantiae fiat*,

38) *L. 4. Cod. Theod. de inoff. testam.*

39) *L. 15. C. de testam.* S. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 227. ff.

40) *L. 3. C. de liber. praeterit.*

so sey dieß eine wahre Exheredation [41]). Es muß aber doch die Sache selbst, nämlich daß die Person, der ich sonst den Pflichttheil hätte hinterlassen müssen, nicht mein Erbe seyn solle, im Testament wirklich, gleichviel, mit welchen Worten, ausgedruckt seyn. Es ist daher für eine Enterbung zu halten, wenn der Vater in seinem Testament gesagt hat: meinen Sohn übergehe ich, oder ich verlasse ihm nichts, oder meinen Sohn habe ich mit Fleiß nicht bedacht, oder ich mag nicht an ihn denken, ich sehe ihn als tod an, u dgl. [42])

4) Die Enterbung ist eine im Testament geschehene Willenserklärung des Erblassers. Sie kann also nicht in einem Codicill geschehen [43]). Daher wird es in den Gesetzen als ein Beweis angesehen, daß der Erblasser kein Codicill, sondern ein Testament habe machen wollen, wenn eine Enterbung darin enthalten ist [44]). Endlich

5) muß auch die Ausschließung, welche als eine Enterbung gelten soll, auf eine gesetzmäßige Art geschehen seyn. Denn sonst ist sie wie eine Präterition anzusehen.

Unter der Präterition oder Uebergehung eines Notherben versteht man eine solche Testamentsverordnung,

41) Die Gesetze brauchen noch verschiedene andere Redensarten, um die Enterbung auszudrücken; z. B. a successione excludi *L. 19. C. de inoff. testam.* ab hereditate repelli. *L. 33. §. 1. C. eodem:* a rebus testatoris alienari. *Nov. CXV. c. 4. pr.*

42) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 474. EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 5. not. z.

43) §. 2. *I. de codicill.* *L. 2. C. eodem.* FINESTRES cit. Praelect. P. IV. cap. II. §. 2.

44) *L. 14. C. de testam.*

nung, nach welcher ein Notherbe weder gesetzmäßig instituirt, noch auf die gehörige Art exheredirt worden ist [45]). Ein gänzliches Stillschweigen ist dazu nicht erforderlich, sondern es kann ein Notherbe präterirt seyn, dessen gleichwohl im Testament Erwähnung geschehen ist, nämlich

1) wenn er nicht gesetzmäßig enterbt worden ist; z. B. die Enterbung ist unter einer Bedingung geschehen [46]).

2) Wenn er nicht gehörig instituirt worden ist. Dahin gehört,

a) wenn den Kindern oder Eltern der Pflichttheil titulo singulari hinterlassen worden ist, ohne sie zu Erben einzusetzen.

2) Wenn Kinder, die noch in väterlicher Gewalt des Testirers waren, unter einer physisch oder moralisch unmöglichen Bedingung instituirt worden sind [47]); oder

3) wenn der Vater solche Kinder nur in einer Bedingung erwähnt hat. Z. B. wenn der Vater in seinem Testament gesagt hätte: wenn mein Sohn vor mir

45) Justinian sagt §. 12. I. *de hereditat. quae ab int. def.* Liberi testamento patris *praeteriti* sunt, qui neque heredes instituti, neque, ut oportet, exheredati sunt. Man sehe hier vorzüglich FINESTRES in Praelect. Cervar. cit. P. II. cap. 1. §. 2. und *Frid. Aug.* WEICHSEL Diss. de praeteritione iusta adiecta causa. *Giessae 1797.* wovon Herr Kanzler Koch der Verfasser ist. S. desselben Bonorum possessio S. 134.

46) *L. 68. in fin. D. de heredib. instit. L. 18. D. de bon. poss. contra tab.*

47) *L. 15. D. de condit. instit.* Was bey einer möglichen Bedingung Rechtens sey, ist oben S. 73. vorgekommen.

stirbt, soll Cajus mein Erbe seyn, so ist, wie Pomponius [48]) sagt, der Sohn für präterirt zu halten. Verschiedene Rechtsgelehrte [49]) wollen zwar diesen Satz als eine bloße Folge des alten römischen Formularwesens ansehen, und da dieses schon im neuern römischen Recht aufgehoben worden sey, so zweifeln sie an dessen heutigen Anwendbarkeit. Allein dagegen haben andere [50]) gezeigt, daß jener Rechtssatz in der Natur der Sache selbst gegründet, und den Regeln des Civilrechts vollkommen gemäß sey. Non enim conditio quicquam ponit aut definit circa ea, sagt Voet, quae conditione continentur, adeoque nec ius ullum attribuit personis, quae in conditione positae sunt, sed tantum suspendit actum illum, cui apponitur. Auf diesem Grundsatz beruhen eine Menge anderer

48) *L. 16. §. 1. in fin. D. de vulg. et pupill. substit.* — Si secundum testamentum ita fecerit pater, ut sibi heredem instituat, *si vivo se filius decedat*, potest dici non rumpi superius testamentum: *quia secundum non valet, in quo filius* PRAETERITUS *sit.*

49) WAHL Diss. de iusta liberos heredes instituendi forma §. 18. et 25. *Phil. Iac.* HEISLER Diss. de liberis positis in conditione, comprehensis etiam in dispositione. *Halae 1754.* §. 18. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 474. Not. 4.

50) VOET in Commentar. ad Pand. Tom. II. Lib. XXVIII. Tit. 2. §. 9. *Ant.* FABER Coniectur. iur. civ. Lib. IX. c. 10. et Lib. XVII. cap. 17. et 18. IDEM de Error. pragmaticor. Decad. XXVI. Err. 1. seqq. DUARENUS ad Tit. Dig. de conditionib. institution. cap. 5. PEREZ Praelection. ad Cod. Lib. VI. Tit. 25. nr. 13. und besonders FINESTRES in Praelect. Cervar. cit. P. II. Cap. I. §. 6. seqq. pag. 33. sqq.

anderer Entscheidungen des Römischen Rechts, welche alle h. z. T. unnütz seyn würden, wenn man jenen Satz als eine Folge des alten römischen Formularrechts heut zu Tage verwerfen wollte [51]). Mit Recht behaupten daher Stryk [52]), Harpprecht [53]), Hofacker [54]) und Koch [55]), daß solche Kinder, deren der Vater in seinem Testament nur blos in einer Bedingung erwähnt hat, auch heut zu Tage nicht für stillschweigend eingesetzt, sondern für präterirt zu achten sind.

Hieraus läßt sich beurtheilen, ob es für eine Präterition zu halten sey, wenn der Vater in seinem Testament gesagt hat: meinen Sohn übergehe ich gänzlich, oder ich setze ihn nicht ein, weil er mich geschlagen hat. Van de Poll [56]), Finestres [57]) und Hofacker [58]) wollen diese Erklärung für keine rechtsbeständige Exheredation, sondern für eine Präterition halten. Allein das Gegentheil lehren mit Recht Fachinäus [59]),

Bachov,

51) S. z. B. *L. 8. D. Si quis omissa caus. test. L. 19. §. 1. L. 24. §. 1. D. Quando dies legator. L. 114. §. 13. D. de legat I.*

52) Cautel. Testamentor. Cap. XVI. §. 3.

53) Diss. de tacita heredis institutione. nr. 5. seqq. in EIUS *Dissertation. academ.* Vol. I. Diss. XXXVII. pag. 1369. seqq.

54) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1286. not. a.

55) Diss. cit. §. 3. seqq.

56) Libro cit. Cap. XIX. §. 11.

57) Praelect. Cervar. P. II. Cap. I. §. 10. seqq.

58) Diss. cit. §. 22.

59) Controvers. iuris Lib. VI. cap. 77.

Bachov[60]), Gomez[61]), Cocceji[62]) und Höpfner[63]). Es kommt hier nicht auf den Ausdruck übergehen, sondern auf das Wesen der Sache an. Nun läßt sich wohl mit Grund nicht bezweifeln, daß jene letzte Willenserklärung des Vaters für eine ausdrückliche Ausschließung zu halten sey.

So wenig es übrigens dem Wesen der Präterition widerspricht, wenn der Uebergangene dennoch im Testament genannt worden ist; eben so läßt sich ohne Widerspruch gedenken, daß die Uebergehung mit Anführung einer gerechten Ursache geschehen kann, ohne den Notherben selbst dabey zu nennen. Z. B. eine Mutter, welche einen Sohn und zwey Töchter hat, setzt den Sohn zum alleinigen Erben ein, mit dem Zusatz: denn er war der einzige, der sich meiner während meines Blödsinns angenommen hat[64]).

Ich komme nun wieder auf die Enterbung zurück. Diese kann aus einer zweyfachen Absicht geschehen. Sie geschieht nämlich entweder

1) zur

60) Ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. XI. Th. 1. lit. B.

61) Var. Resolut. Tom. I. Cap. XI. nr. 3. in fin.

62) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. Obj. 2. Man sehe hier auch EMMINGHAUS ad *Eundem* not. z.

63) Commentar §. 474. S. 519.

64) Es verdient hier vorzüglich die oben angeführte, und unter Weichsels Namen von Herrn Kanzler Koch geschriebene gründliche Dissertation de praeteritione iusta adiecta causa verglichen zu werden.

1) zur Bestrafung des Enterbten wegen seines schlechten Betragens gegen den Testirer. Dieses ist die **Enterbung im eigentlichen Verstande**, welche *exheredatio odiosa*, *exheredatio notae causa*, *malaque mente facta* genennt wird. Oder sie geschieht

2) zum eigenen Besten des Enterbten, in der Absicht, ihm sein Vermögen, seinen Unterhalt und Wohlstand zu erhalten. Dies ist die **gutgemeinte Enterbung**, *exheredatio bona mente facta*, von welcher Ulpian[65]) sagt: Multi non *notae causa* exheredant filios, nec ut eis obsint, sed *ut eis consulant*.

Jede Ausschließung eines Notherben, sie geschehe aus Haß, oder in guter Absicht, setzt, wenn sie gültig seyn soll, eine **rechtmäßige Ursache** voraus[66]). Die Ursachen der Enterbung, welche

A. zur Bestrafung des Enterbten geschieht, waren ehemals nicht bestimmt. Alles war dem Ermessen der Centumviralrichter, welche besonders über Erbstreitigkeiten urtheilten[67]), überlassen, wenn die Frage davon war, ob der Enterbte die Enterbung verdient habe. Nicht selten entschieden auch die Kaiser den Streit durch Rescripte. Daher finden

65) *L. 18. D. de liber. et postum.*

66) Schon **Paulus** sagt *L. 7. pr. D. de bonis damnator.* Liberos, ne iudicio quidem parentis, *nisi meritis de causis*, summoveri ab eius successione posse.

67) PAULUS *Sentent. Recept.* Lib. V. Tit. 16. §. 2. *L. 13. L. 17. D. de inoff. testam. L. ult. C. de liber. praet.* CICERO in *Verr. Orat.* I. cap. 42. QUINCTILIAN. *Institut. Orator.* Lib. V. c. 2. et Lib. VII. c. 4. PLINIUS Lib. VI. Epist. 33.

finden sich verschiedene Verordnungen im Justinianeischen Codex, worin manche Enterbungsursachen als billig bestätiget[68]), andere hingegen als unbillig verworfen werden[69]). Allein Justinian hielt es nicht für rathsam, eine Sache von solcher Wichtigkeit dem bloßen Gutdünken der Richter zu überlassen. Er setzte daher gewisse Enterbungsursachen in der Novelle 115. Kap. 3. und 4. jedoch nur in Rücksicht der Descendenten und Ascendenten fest. Man behauptet zwar gewöhnlich, daß ein gleiches schon vorher auch in Rücksicht der Geschwister in der Novelle 22. Kap 47. geschehen sey[70]), welcher Meinung unter den neuern Rechtsgelehrten noch insonderheit Bauer[71]). Westphal[72]) und Malblanc[73]) beystimmen. Allein dagegen ist schon von andern Rechtsgelehrten[74]) mit Grund erin-

68) *L. 11. L. 19. Cod. h. t.*

69) *L. 18. L. 20. L. 33. §. 1. Cod. eodem.*

70) FRANTZKIUS in Comm. ad Pand. h. t. nr. 76. LAUTERBACH Colleg. Pand. th. pract. h. t. §. 15. VOET Comm. ad Dig. h. t. §. 24 *Luc. van de* POLL cit. libr. cap. 64. §. 1. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 39.

71) Diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredationis. (*Lipsiae 1731.*) §. 18.

72) Theorie des R. R. von Testamenten §. 607.

73) Princip. iur. Rom. sec. ord. Digestor. P. II. Sect. ult. §. 700. pag. 858.

74) COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. i. Tom. I. pag. 446. *Lud God.* MADIHN Princip. iuris Rom. de successionib. §. 140. HOFACKER in Diss. sist. histor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. §. 31. und besonders in Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1694. Höpfner Commentar

erinnert worden, daß in der gedachten Novelle nicht von der Enterbung, welche ein Testament voraussetzt, sondern blos davon die Rede sey, in welchen Fällen ein undankbarer Bruder der gesetzlichen Erbfolge verlustig seyn soll [75]). Nun leidet es zwar keinen Zweifel, daß wenn dem übergangenen Bruder im Testament eine verächtliche Person ist vorgezogen worden, jener wohl schwerlich mit der Inofficiositätsklage etwas ausrichten dürfte, wenn der eingesetzte Erbe eine von den in der Nov. 22. angeführten Ausschließungsursachen zu beweisen im Stande wäre. Allein daraus läßt sich doch nicht der Schluß machen, daß Geschwister in dem Falle, da ihnen ein Pflichttheil gebührt, sich sonst aus keiner andern Ursache eine gerechte Enterbung oder Ausschließung im Testament zuziehen könnten, als aus welchen sie die Gesetze der Undankbarkeit wegen von der Intestaterbfolge ausschließen. Wie wenig der Schluß von der Unwürdigkeit zur Intestaterbfolge auf die Enterbung im Testament gilt, sieht man schon daraus, weil unter den in der Nov. 115. Kap. 3. und 4. bestimmten Ursachen, aus welchen Descendenten und Ascen-

tar über die Heinecc. Institutionen §. 477. und Book syst. Entwickel. der Lehre von der Enterbung §. 11.

75) Die Worte der Nov. 22. Kap. 47. im Anf. lauten nach Hombergks Uebersetzung so: Quoniam autem fratribus multas invicem contentiones esse scimus, eum solum *ut ingratum* erga fratrem in partem huius lucri venire non permittimus, qui vel *vitae fratris insidiatus* est, vel *criminis reum postulavit*, vel *ut bonis eum privaret*, operam dedit. Daß ohnehin die in dieser Novelle bestimmte Erbfolgeordnung durch die Nov. 118. wieder aufgehoben worden sey, will ich gar nicht erwähnen.

Ascendenten enterbt werden können, nur wenige gesetzlich ausgezeichnet sind, welche auch, außer dem Falle einer deshalb geschehenen Enterbung, von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen. In der That kämen die Geschwister sehr gut davon, wenn sie aus keinen andern Ursachen enterbt oder übergangen werden dürften, als aus denen sie sich der gesetzlichen Erbfolge unwürdig machen. Wer sollte aber wohl glauben, daß Justinian es bey diesen drey Ursachen würde haben bewenden lassen, da er bey den Descendenten vierzehen, bey den Eltern aber acht Ursachen der Enterbung bestimmt hat? Denn es leuchtet in die Augen, daß die Freyheit in Rücksicht letztwilliger Anordnungen um so weniger beschränkt seyn könne, je weiter das Band der Liebe ist, welches den Testirer mit dem Erben verbindet. Noch weniger aber ist zu glauben, daß Justinian in Rücksicht der Geschwister die Ursachen der Enterbung oder Präterition früher, als bey den Kindern und Eltern, bestimmt haben sollte, ohne in der Nov 115. ein Wort davon zu sagen. Aus diesem allen ergiebt sich ganz klar, daß in Rücksicht der Geschwister das alte Recht, welches die Enterbungsursachen der Beurtheilung des Richters überläßt, unabgeändert geblieben sey[76]). Ganz unrichtig hingegen ist es, wenn Cocceji[77]) und Fuchs[78]) behaupten wollen, daß in dem Falle, da eine turpis persona eingesetzt worden ist, die Ausschließung der Geschwister durch gar keine Ursache gerechtfertiget werden könne. Denn

76) Hierin stimmt auch Thibaut im System des Pandectenrechts 2. Th. §. 916. überein.

77) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 10.

78) Diss. de impugnatione testamenti fraterni. *Frfti 1692.*

Denn die von ihnen anzustellende querela inofficiosi gründet sich ja doch wesentlich in einer unverdienten Ausschließung, es muß also auch die Einrede einer gerechten Ursache dagegen Statt finden, wie Weber [79]) sehr gründlich dagegen erinnert hat.

Soviel nun also die vom Justinian in der Nov. 115. Kap. 3. und 4. festgesetzten Enterbungsursachen selbst anbetrift, so hat der Kaiser bey der Bestimmung derselben nach dem verschiedenen Verhältniß der Descendenten und Ascendenten gegen einander auch einen Unterschied unter ihnen gemacht, und natürlich mehr Ursachen der Enterbung bey den Descendenten, als bey den Ascendenten bestimmt. Denn da die Eltern weniger Pflichten gegen die Kinder, als diese gegen jene, haben, welche sie als die Urheber ihres Daseyns verehren müssen, so können sie auch den Kindern nicht so viele Ursachen zu gerechtem Unwillen geben, als diese ihren Eltern.

I. Der Ursachen, aus welchen Descendenten nach der Nov. 115. Kap. 3. enterbt werden können, sind vierzehen. Sie sind theils

a) solche, die beyde Geschlechter angehen. Dahin gehören folgende.

1) Wenn Kinder sich an ihren Eltern mit Thätlichkeit vergreifen. (Si parentibus suis *manus intulerint* [80]). Nicht jede Realinjurie, wenn sie auch an sich zur Klage berech-

79) Zu Höpfners Commentar §. 477. Not. 4.

80) Einen Commentar über diese Worte giebt *Luc. van de* POLL cit. libr. cap. 48.

berechtiget, und richterliche Ahndung verdient, ist also schon als eine rechtmäßige Enterbungsursache anzusehen, welches hier besonders darum bemerkt zu werden verdient, weil es nach den römischen Gesetzen unzählige Fälle giebt, wo man durch Thätlichkeit die Ehre des andern kränken kann[81]); sondern nur solche Realinjurien gehören hierher, welche die Gesetze *atroces* nennen, wodurch man sich an der Person des Andern selbst vergreift[82]). Diese werden in den Gesetzen durch die Redensart *manus inferre* (ἐπιβάλλειν χεῖρας) bezeichnet[83]). Dahin gehören nun solche Thätlichkeiten, welche vorzüglich den Namen einer schimpflichen Behandlung verdienen, weil sie den Beleidigten nach der gemeinen Vorstellungsart in den Augen anderer besonders herabwürdigen, und ihn dem Gespötte aussetzen, oder als Merkmale und Wirkungen eines hohen Grades der Geringschätzung anzusehen sind, wie z. B. wenn ein Sohn seine Eltern mit Stockschlägen, Peitschenhieben, Maulschellen, oder sogenannten Nasenstübern mißhandelt, oder durch Anspeyen, Begiessen und andere Arten der Besudelung seine Verachtung gegen sie zu erkennen giebt[84]). Da sich ohne die Absicht zu beschimpfen, keine Injurie denken läßt, so versteht sich's, daß eine bloße Unvorsichtigkeit nicht genüge,

81) Man vergleiche z. B. *L. 5. L. 13. §. 7. L. 15. §. 31. 32. et 33. L. 27. L. 44. D. de iniur. L. 1. §. 38. D. depositi. L. 53. pr. D. de furtis. L. 41. D. ad L. Aquil.* S. Weber über Injurien und Schmähschriften. 1. Abth. §. 9. S. 89. folgg.

82) *L. 7. §. 8. L. 9. pr. D. de iniur.*

83) *L. 1. §. 1. D. de iniuriis.*

84) *L. 1. §. 1. D. de extraord. crim.* Weber a. a. O. S. 92. Feuerbach Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 288.

genüge, wenn gleich einige Rechtsgelehrten[85]) auch culpose Injurien, ohne bösen Vorsatz, annehmen wollen. Eben so wenig verdient Verletzung der Eltern aus Nothwehr die Enterbung[86]). Denn auch Kinder können gegen ihre Eltern zu einer rechtmäßigen Nothwehr schreiten, wenn die besondern Erfordernisse dazu vorhanden sind[87]). Das bloße Drohen mittelst Aufhebung der Hand oder eines Stocks (admentatio) ist ebenfalls noch nicht hinreichend, sondern es muß die Thätlichkeit vollbracht seyn[88]).

2) Wenn die Kinder andere grobe Injurien gegen die Eltern begehen, (si *gravem et inhonestam iniuriam* parentibus intulerint). Es ist zwar, überhaupt genommen, jede den Eltern von ihren Kindern widerfahrne Beschimpfung zu den groben Injurien zu rechnen[89]). Allein es wird hier, wenn die Folge der Enterbung deshalb eintreten soll, eine solche Beleidigung erfordert, die auch ohne Rücksicht auf jene Verbindung an sich selbst schon eine schwere Injurie seyn würde[90]). Dieser Grad der Beleidigung, welchen das Gesetz voraussetzt,

85) Klein peinl. Recht §. 213. Grollmanns Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 341. Allein man sehe Weber über Injurien 1. Abth. §. 5. und Feuerbach im angef. Lehrbuch §. 274.

86) *Luc. van de* POLL cit. cap. XLVIII. §. 26. seqq.

87) von Quistorp Grundsätze des peinlichen Rechts 1. Th. §. 240. Feuerbach Lehrbuch des peinl. Rechts §. 37.

88) MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXXII. Th. 33. not. β. STRYK Caut. testamentor. cap. XIX. §. 25.

89) §. 9. *I. de iniur.* *L. 7. §. 8. D. eod.*

90) Weber über Injurien. 1. Abth. §. 13. S. 213.

um die Folge der Enterbung eintreten zu lassen, ist theils aus der Sache selbst, wenn man auf die Beschaffenheit der Handlung, der wörtlichen Aeußerung, oder anderer sinnlichen Darstellung Rücksicht nimmt, theils und vorzüglich in vorkommenden Fällen nach den besondern Folgen und Wirkungen, von denen gerade die Rede ist, zu beurtheilen [91]). Für solche grobe Injurien, welche die Enterbung verdienen, sind daher nur folgende zu halten,

α) wenn Kinder den Eltern wirklich entehrende Handlungen, Laster und Verbrechen wider die Wahrheit vorwerfen oder nachsagen [92]). Ist der Vorwurf in der Wahrheit gegründet, so kommt es auf die Art und Weise an, wie die Aeußerung geschahe. Geschahe dieselbe unter solchen Umständen, welche die äußere Handlung an sich betrachtet, als gesezwidrig darstellen, und die Absicht, die Eltern zu beschimpfen, unverkennbar an den Tag legen, so schließt die Wahrheit der Beschuldigung das Recht der Eltern, solche Kinder zu enterben, nicht aus [93]); dahingegen bey gänzlich fehlender Absicht zu beleidigen, die geschehene Beymessung eines begangenen Verbrechens, wenn sie z. B. blos animo monendi, und um den Vater oder die Mutter von dergleichen Fehltritten für die Zukunft abzuschrecken, geschahe, keinesweges als Injurie zu betrachten ist [94]). Ob übrigens die

91) Weber 1. Abth. §. 13. S. 210. ff.

92) Weber a. a. O. §. 10. S. 118.

93) *Luc. van de* POLL cit. libr. cap. XLIX. §. 19. Weber 1. Abth. S. 183.

94) *Luc. van de* POLL c. l. §. 18.

die Schmähung öffentlich oder geheim geschahe, darauf kommt nichts an [95]).

β) Wenn die Kinder den Eltern mit solchen Schelt- und Schimpfworten begegnen, die entweder wirkliche Verbrechen und ehrlose Handlungen bezeichnen; z. B. Spitzbube, Gauner, Dieb; oder auch, was man levis notae maculam zu nennen pflegt, andeuten z. B. Schinder; oder, wenn sie auch an sich gar keinen bestimmten Sinn haben, wie z. B. Schurke, Holunke, Hundsfott, doch in gemeinem Leben als allgemein angenommene Kennzeichen einer gänzlichen Verachtung oder Verspottung gelten. Dergleichen offenbare Unsittlichkeiten, welche nach gemeiner Denkart, Sitten und Gebräuchen als wirkliche Ehrenverletzungen durchgängig anerkannt sind, werden ohne Zweifel unter dem Ausdruck *inhonesta iniuria* verstanden, und begründen nicht nur an sich eine Injurienklage [96]), sondern berechtigen auch die Eltern zur Enterbung ihrer Kinder. Zu den groben Injurien, welche die zweyte Enterbungsursache in sich begreift, gehören endlich

γ) auch besonders die sogenannten Pasquille [97]), Schandgemälde und andere dergleichen symbolische Injurien, und Zeichen, wodurch man Andere ungebührlich verspottet,

95) *Luc. van de* POLL c. l. §. 12. Anderer Meinung sind zwar HUBER Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. 4. §. 3. und BOEHMER in iure Dig. Tit. de iniur. §. 4. Allein man sehe *L.* 15. §. 12. *et* 21. *D. de iniur.* und Weber §. 10. S. 121. Not. 13.

96) *L.* 15. §. 2. *seqq. D. de iniur.* Weber §. 10. S. 149. folg.

97) Weber §. 13. S. 213. folgg.

und ihren guten Namen kränkt [98]). Es erhellet also hieraus, daß diejenigen [99]) irren, welche diese zweyte Enterbungsursache blos von Verbalinjurien erklären. Denn Justinian gebraucht den Ausdruck ὕβρις, wodurch jede Ehrenverletzung, jede Aeußerung in Worten oder Handlungen, welche die Erklärung einer positiven Verachtung in sich enthält, bezeichnet wird [100]); und die beygefügte Bestimmung *gravis et inhonesta iniuria*, welche hier gewiß kein Pleonasmus seyn soll, zeigt offenbar, daß nicht jede Injurie gegen die Eltern, obgleich solche überhaupt genommen immer atrox ist, hier genügen soll; sondern daß die obige Einschränkung dem Sinn des Gesetzgebers gemäß sey [1]). Es entstehen hier noch zwey sehr streitige Rechtsfragen.

Erstens:

98) Von den sogenannten symbolischen Injurien handelt Weber 1. Abth. S. 156. ff. Nicht alle Injurien dieser Art sind für schwere zu halten. S. Weber §. 13. Not. 5. S. 210. Z. B. die sogenannte Admentation, oder das Drohen mittelst Aufhebung der Hand, oder eines Stocks, gehört zu den symbolischen Injurien. S. Weber §. 10. Not. 51. S. 159. Allein sie kann nur in dem Falle, wovon die *L. 15. §. 1. D. de iniur.* redet, nämlich si filius levatis manibus *saepe* deterruerit parentem, quasi vapulaturum, für eine schwere Injurie in Absicht auf die Folge der Enterbung gehalten werden. S. *de* POLL cit. cap. §. 11.

99) Z. B. VOET in Comm. h. t. §. 28. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. 32. Th. 33. not. β. nr. 2. STRYK Caut. testam. cap. 19. §. 26. Höpfner im Commentar §. 478. Nr. 1.

100) S. THEOPHILI Paraphr. graec. ad pr. et §. 1. I. de iniur. Eine bloße Verbalinjurie heißt λοιδορία. Man vergleiche *van de* POLL cit. cap. XLIX. §. 7.

1) Weber über Injurien 1. Abth. §. 13. Not. 9. S. 213.

Erstens: kann der Vater ein Kind auch sogar wegen einer gegen die Mutter begangenen Injurie enterben, wenn gleich die Beleidigung ihn für seine Person nicht trift, und umgekehrt? Es ist also hier nicht die Frage von einer solchen mittelbaren Injurie, die durch ihren Inhalt zugleich die Ehrenverletzung eines Dritten, außer dem unmittelbar beleidigten Subject, in sich faßt [2]). Denn darin sind alle Rechtsgelehrte einverstanden, daß wenn die dem einen Parens zugefügte Beschimpfung so beschaffen ist, daß sie ihrem Inhalt nach auch zugleich in Ansehung des andern eine grobe Beleidigung mit sich führt, wegen einer solchen mittelbaren Injurie eine Enterbung Statt finde, wenn auch gleich die Injurie nur dem Stiefvater oder der Stiefmutter des Kindes widerfahren wäre [3]). Allein hier ist von einer mittelbaren Injurie im eigentlichen Verstande die Rede, welche bloß ihrem Wesen nach darin besteht, daß die dem einem Parens zugefügte Injurie, ob sie gleich, an sich betrachtet, den andern Parens für seine Person gar nicht trift, bloß wegen der genauen Verbindung, die das Band der Ehe knüpft, auch für ihn selbst eine Beleidigung ist. Kann auch eine solche mittelbare Injurie zur Enterbung berechtigen? Mehrere Rechtsgelehrte [4]) wollen dieses behaupten, und nehmen nur

2) S. Weber S. 194. und Feuerbachs Lehrbuch des peinl. Rechts §. 291.

3) S. *van de* POLL cit. libr. cap. XLIX. §. 22. PUFENDORF Observation. iur. univ. Tom. II. Obs. 7. und WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 18. pag. 211.

4) FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Dig. de lib. et postum. P. IV. Cap. III. §. 15. PUFENDORF cit. loc. Obs. 6. WALCH cit.

den Fall aus, wenn der unmittelbar beleidigte Ascendent des Kindes Stiefmutter ist. Allein diese Meinung läßt sich nicht füglich vertheidigen. Es kann zwar nicht geläugnet werden, daß die Gesetze den Ehemann berechtigen, die Beschimpfung seiner Frau, als eine ihm selbst widerfahrne Injurie, in eignem Namen gerichtlich zu verfolgen [5]). Allein eine andere Frage ist, ob deswegen auch eine Enterbung Statt finde? Dieß glaube ich nun nicht, weil erstens die Novelle 115. Kap. 3. davon nichts sagt. Denn geschieht gleich im §. 1. der parentum Erwähnung, so wollte doch Justinian dadurch nur soviel anzeigen, daß beyde Eltern wegen der ihnen von ihren Kindern widerfahrnen Beleidigungen, ein gleiches Recht der Enterbung haben sollen. Zweytens läßt sich von der Injurienklage noch kein gültiger Schluß auf die Enterbung machen. Denn sonst müßte ja auch der Vater, wegen einer der Stiefmutter zugefügten Beschimpfung, das Kind enterben können, welches doch die angeführten Rechtsgelehrten selbst nicht behaupten. Drittens geben die Gesetze auch nur dem Ehemann das Recht, in eigenem Namen wegen der Injurie zu klagen, die seiner Frau widerfahren ist. Dagegen darf die Ehefrau nicht klagen, wenn ihr Ehemann eine Beschimpfung erlitten hat [6]). Offenbar gründete sich also jenes Recht in der grossen Gewalt, welche der Ehemann über seine Frau bey den Römern hatte. Da nun diese bey uns

cit. loc. §. 17. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 478. Nr. 2. und Not. 1.

5) *L. 1. §. 3. D. de iniur. L. 15. §. 24. D. eodem.* Weber a. a. O. §. 12. S. 194.

6) *§. 2. I. de iniur. L. 2. D. eodem.*

uns viel eingeschränkter ist, so ist überhaupt noch sehr daran zu zweifeln, ob heut zu Tage wegen der Beschimpfung der Frau ein Ehemann in eigenem Namen klagen könne, als wenn sie ihm widerfahren wäre[7]); um so weniger läßt sich also behaupten, daß dem Vater deshalb ein Recht zur Enterbung zustehen sollte. Wollte man endlich viertens die Grundsätze von der mittelbaren Injurie bey der Enterbung eintreten lassen, so würde man dem Vater das Recht der Enterbung auch dann nicht versagen können, wenn sich auch schon die Mutter ihres Rechts bedient hätte[8]). Auf solche Art würde also das Kind doppelte Strafe leiden, welches doch wohl gewiß dem Willen des Gesetzgebers nicht gemäß ist[9]).

Zweytens fragt es sich, ob Eltern ihre Kinder doch noch zu enterben befugt sind, wenn sie sich auch mit ihnen wieder ausgesöhnt, und den Kindern ihre Beleidigungen förmlich verziehen haben? Auch diese Frage ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Einige[10]) behaupten, daß die

7) S. Kleinschrods Grundzüge der Lehre von Injurien. 6. Abschn. §. 3. Im Archiv des Criminalrechts. 1. Bandes 4. St. Nr. I. S. 31.

8) Arg. *L. 1. §. 9. L. 18. §. 2. L. 30. §. 1. L. 31. L. 41. D. de iniur.* Weber a. a. O. S. 198.

9) Mit mir stimmen überein HOMMEL in Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 260. BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. IV. Th. 14. not. 4. Westphal in der Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 606. S. 456. MADIHN in Princip. iur. Rom. de Successionib. §. 139. nr. 6. besonders *Iac.* RAVE in Comm. de interpretatione cap. 3. Nov. CXV. *Ienae 1765.* §. 6—9.

10) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCLVII. med. 8. und WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 16. pag. 209.

geschehene Aussöhnung den Eltern das Recht nicht nehme, ihre Kinder zu enterben, weil alle Remission strict erklärt werden müsse. Andere[11]) unterscheiden, ob die Enterbung vor oder nach der Aussöhnung geschehen ist, und glauben, daß sie zwar in dem erstern Falle ihre Wirkung nicht verliere, in dem letztern aber mache, daß das Testament als pflichtwidrig angefochten werden könne. Man sagt, wenn die Aussöhnung vor der Errichtung des Testaments geschehen ist, so könne darum keine Enterbung weiter Statt finden, weil sich der Beleidigte nun alles Rechts begeben hat, welches ihm sonst gegen den Beleidiger zugestanden haben würde. Allein daß die Enterbung, welche vor der Aussöhnung geschehen ist, dadurch nicht ungültig werde, mithin das Testament deshalb nicht als pflichtwidrig angefochten werden könne, erhelle daraus, weil es bey der Enterbung genüge, daß der Erblasser zur Zeit des errichteten Testaments eine rechtmäßige Ursache gehabt habe; und einem gehörig eingesetzten Testamentserben die Erbschaft nicht nuda voluntate wieder genommen werden könne, ohne ein neu Testament zu machen[12]). Ganz diesem gemäß sage daher Papinian[13]): Filio, quem pater post eman-

11) ZOESIUS Comm. ad Pand. Tit. de liber. et postumis n. 19. STRYK de caut. testamentor. cap. XXIV. §. 77. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs. 389. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 8. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Tom. I. pag. 394. not. l. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 2. Band. Medit. 102. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 478. Not. 7.

12) *L.* 22. *D. de adim. vel transf. legat.* *L.* 27. *C. de testam.*

13) *L.* 23. *pr. D. de liber. et postum.*

emancipationem a se factam, iterum arrogavit, *exheredationem ante scriptam* nocere. Noch andere [14]) läugnen schlechterdings, daß bey erfolgter Aussöhnung noch eine Enterbung Statt finden könne, der Erblasser möge den Notherben vor oder nach dem Testament sein Vergehen verziehen haben. Unser Verfasser [15]) stimmt der erstern Meinung bey, allein die letztere verdient ohne Zweifel den Vorzug. Denn erstens sagen die Gesetze klar, daß die erfolgte Aussöhnung schlechterdings das Recht aufhebe, eine erlittene Beleidigung zu ahnden [16]). Nothwendig muß also nun das Testament eben so pflichtwidrig erscheinen, als wenn die Enterbung gleich Anfangs ohne rechtmäßige Ursache geschehen wäre. Zweytens folgt aus den Gründen der conträren Meinung nur soviel, daß die vor der Aussöhnung geschehene Enterbung durch die erfolgte Reconciliation ihre Gültigkeit nicht *ipso iure* verliere, folglich das Testament dadurch nicht rumpirt werde. Allein daraus folgt noch nicht, daß nicht das Testament mit Hülfe der Querel als pflichtwidrig angefochten werden könne. Dieß will auch Papinian nur in der oben angeführten Stelle sagen, wie man

14) BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. P. I. Diff. XIII. Th. 9. FACHINAEUS Controv. iuris Lib. VI. cap. 79. VOET Comment. ad Pandect. h. t. §. 31. *Luc. van de* POLL libr. de exheredatione cap. ult. FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Pand. de lib. et postum. P. IV. Cap. V. §. 11. seqq. p. 161. seq. HUBER Praelect. ad Dig. eod. Tit. §. 4. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentation. ad Pand. P. II. Lib. 28. Tit. 2. §. 30. MÜLLER ad *Leyserum*. T. III. Fasc. 2. Obs. 631. und Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 916.

15) S. §. 1424. Nr. 2.

16) *L. 11. §. 1. D. de iniur. §. ult. I. eodem.*

man ganz deutlich ſieht, wenn man damit die *L.* 8. §. 7. *D. de bonor. poſſ. contr. tab.* verbindet, wo Ulpian ſagt: Si quis emancipatum filium exheredaverit, eumque poſtea arrogaverit, PAPINIANUS *lib.* 12. *Quaeſtionum* ait, iura naturalia in eo praevalere: idcirco exheredationem nocere. Sed in extraneo MARCELLI ſententiam probat, ut exheredatio ei adrogato poſtea non noceat [17]). Es war nämlich die Frage davon, ob ein emancipirter Sohn, den der Vater enterbt, nachher aber wieder arrogirt hat, für präterirt zu halten ſey, und daher das väterliche Teſtament rumpire; oder ob die Exheredation dennoch, der geſchehenen Arrogation ungeachtet, an ſich gültig bleibe? Papinian behauptet mit Recht das letztere. Wäre freylich der emancipirte Sohn blos als ein extraneus anzuſehen, ſo hätte die Entſcheidung anders ausfallen müſſen, weil in dem Falle, da eine ganz fremde Perſon von eben demſelben nachher arrogirt wird, der ſie vorher in ſeinem Teſtament ausdrücklich ausgeſchloſſen hatte, das Teſtament rumpirt wird [18]). Allein ein emancipirter Sohn iſt nicht mit einer ſolchen perſona extranea in eine Kategorie zu ſetzen. Denn die Enterbung einer ganz fremden Perſon iſt, wie Paulus [19]) ſagt, eine res inepta, und daher für eben ſo gut, als nicht geſchehen, zu halten. Allein ein emancipirter Sohn bleibt doch, was er von Natur iſt, ein leiblicher Sohn ſeines Vaters, und dieſes natürliche Verwandſchaftsverhältniß wird auch durch keine Arrogation verändert: *ne imagi-*

17) S. *Iac.* LABITTI Uſus indicis Pandectar. Cap. V. §. 2. (in WIELING *Iurisprud. Reſtituta.* P. II. pag. 84. ſeq.)

18) *L.* 8. *pr. D. de iniuſto rupto irr. teſt.*

19) *L.* 132. *in fin. princ. D. de Verb. obl.*

imagine naturae veritas adumbretur, wie sich Papinian sehr schön ausdrückt [20]). Er kann mithin in dem gegebenen Falle nicht für präterirt gehalten werden, weil die Exheredation eines emancipirten Sohns wenigstens nach dem Prätorischen Rechte so gültig ist, als die Enterbung eines sui heredis. Durch seine Arrogation wird also auch das väterliche Testament nicht rumpirt, worin derselbe enterbt worden ist. Mithin schadet ihm die Enterbung wenigstens in sofern, daß er die Inofficiositätsklage erheben muß, wenn er glaubt, die Enterbung nicht verdient zu haben [21]). Daß aber diese Klage schon darauf allein gegründet werden könne, daß wegen der erfolgten Arrogation eine gänzliche Aussöhnung und Verzeihung der Beleidigung anzunehmen sey, davon sagt Papinian kein Wort, und konnte sich auch, so etwas zu behaupten, gar nicht einfallen lassen, weil ja die Arrogation eine ganz andere Ursache z. B. Erfüllung einer darauf sich beziehenden Bedingung, zum Grunde haben kann. Dieß ist der wahre Sinn der so sehr mißverstandenen Stelle Papinians *L.* 23. *D. de liber. et postum.* wie Cujaz [22]), Busius [23]), Balduin [24]) und van de Poll [25]) sehr gründlich gezeigt haben.

Uebri-

20) Man sehe hierüber *Ev.* OTTO in Papiniano. Cap. VII. §. 6.

21) *L. 8. pr. D. de bonor. poss. contr. tab.* S. FINESTRES Praelect. cit. P. IV. cap. I. §. 16. pag. 96. et cap. V. §. 12. p. 162. und *Luc. van de* POLL cit. libro cap. XVI. §. 8. pag. 63.

22) Ad L. 23. cit. in libr. XII. Quaest. Papiniani.

23) Ad eand. L. 23. D. de lib. et post.

24) Disputat. I. ex Papiniano de quibusdam mysteriis iuris testamentarii. Cap. 13. (edit. *Gundlingian.* Halae 1730. p. 305. seq. et in *Iurisprud. Rom. et Attica.* Tom. I. pag. 968. seq.)

25) Cit. libr. cap. ult. §. 7. pag. 676.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß eine bloße Reue von Seiten des undankbaren Kindes, ohne wirklich erfolgte Aussöhnung mit dem beleidigten Ascendenten, das Recht zu enterben eben so wenig aufhebt [26]), als die Verjährung der Injurienklage [27]). Denn nur solche Rechte sind der Verjährung unterworfen, welche klagend hätten verfolgt werden müssen [28]). Dahin gehört das Recht der Enterbung nicht. Auch selbst bey klagbaren Rechten erlischt ja bekanntermaßen durch die Erlöschung der Klage nicht einmal das ganze Recht, sondern es kann dies auch nach dem Erlöschen der Klage noch ferner durch alle übrige Rechtsmittel geschützt werden [29]).

Es versteht sich endlich von selbst, daß die erfolgte Aussöhnung und geschehene Verzeihung aus unläugbaren Gründen erwiesen seyn müsse, wie es überhaupt den Rechten gemäß ist, wenn deshalb das Testament als lieblos soll angefochten werden können [30]). Aus zweifelhaften Thatsachen eine

26) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 30. FACHINAEUS Controv. iuris Lib. VI. cap. 80. §. *Quodsi de alio* etc. et FINESTRES cit. Praelect. ad Tit. Dig. de lib. et postum. P. IV. cap. V. §. 13.

27) *Luc. van de* POLL Disput. de exheredandis ob iniuriam in parentes liberis. *Ultrajecti 1696.* et in libr. de exheredat. cap. XLIX. §. 24. *Mich. God.* WERNHERI lectiss. Commentat. in Pand. P. II. Tit. de lib. et postum. §. 30. pag. 586.

28) S. Thibaut über Besitz und Verjährung. 2. Th. §. 38.

29) Thibaut a. a. O. §. 39.

30) §. 12. *I. de iniur. L. 11. §. 1. D. eodem. L. 17. §. 6. D eodem.* Weber über Injurien. 2. Abth. §. 18. S. 135. ff. und KLEINSCHROD Doct. de reparatione damni delicto dati Specim. II. §. 23.

eine bloße Vermuthung der geschehenen Verzeihung herzuleiten, ist nicht hinreichend [31]). Der Beweis liegt auch allemal dem Kläger ob [32]).

3) Wenn die Kinder den Eltern nach dem Leben stehen, es sey durch Gift, oder auf andere Weise. Auch schon das bloße Kaufen des Gifts ist zur Enterbung hinreichend, wenn es in der Absicht geschahe, um den Eltern damit an ihrem Leben oder Gesundheit zu schaden, wenn auch noch kein Gebrauch davon gemacht worden ist. Denn das Gesetz sagt: Si vitae parentum suorum *veneficiis*, aut alio modo *insidiari tentaverint* [33]).

4) Wenn ein Kind seine Eltern wegen eines Vergehens bey dem Richter angiebt, und ihnen dadurch einen beträchtlichen Schaden zufügt. (Si filius parentes *detulerit*, et delatione sua effecerit, *ut gravia damna perpessi sint.*) Eine Tochter kann sich dieser Ursache eben so gut, als ein Sohn, schuldig machen, weil der Regel nach Jedermann, der nur irgend Glauben verdient, Verbrechen anzeigen kann, ohne, daß es hierbey auf das Geschlecht ankommt [34]). Welcher Schade für beträchtlich zu halten, ist der Beurtheilung des Richters zu überlassen [35]).

5) Wenn

31) Weber a. a. O. S. 139. Daß jedoch auch eine stillschweigende Verzeihung genüge, behauptet WERNHER cit. loc.

32) S. LEYSER Vol. V. Specim. 357. medit. 8.

33) *Luc. van de* POLL cit. libr. cap. LII. §. 3. et 4.

34) S. Archiv des Criminalrechts, herausgegeben von Klein, Kleinschrod und Konopak. 4. Bandes 2. St. Nr. I. §. 4. S. 7.

35) *Luc. van de* POLL cap. LIV. §. 8.

5) Wenn die Kinder es den Eltern haben verwehren wollen, ein Testament zu machen, oder das schon gemachte zu ändern, und die Eltern nachher doch noch Gelegenheit finden zu testiren. (Si quis ex liberis convictus fuerit, quod parentes suos *testari probibuerit*). Ob es durch Gewalt und Drohungen, oder durch List geschieht, ist gleichviel [36]). Sterben die Eltern ohne Testament, weil sie die Kinder daran gehindert haben, so zieht der Fiskus die dem undankbaren Kinde angefallene Erbschaft ein, weil es sich derselben unwürdig gemacht hat. Der Fiskus haftet auch in diesem Falle demjenigen weiter nicht, der durch diese Prohibition einen Schaden leidet, sondern dieser muß gegen das pflichtvergessene Kind mit der actione in factum auf das Interesse klagen [37]). Hatten die Eltern noch vor ihrem Tode Gelegenheit zu testiren, sie haben aber doch davon keinen Gebrauch gemacht, um die Kinder zu enterben, so wird das zugefügte Unrecht für verziehen angenommen, und der Fiskus kann an der Erbschaft keinen Anspruch machen [38]).

6) Wenn Vater oder Mutter in Wahnsinn oder Raserey verfielen, und die Kinder sich ihrer gar nicht annahmen, da sie doch konnten, nun aber wieder zur Vernunft kommen. (Si quis ex parentibus *furiosus* sit, et *liberi* eius vel *quidam* ex illis, *ministerium* et *debitam curam illi non exhi-*

36) *de* POLL cap. LVI. §. 14.

37) Der Kaiser bezieht sich hier (*Nov. CXV. cap. 3. §. 9.*) blos auf die ältern Gesetze. Es sind also die *L. 1. et 2. D. Si quis aliquem testari prohibuerit* zu Hülfe zu nehmen. S. *Luc. van de* POLL c. l. §. 16. et 17. und Westphal Theorie des R. R. von Testamenten §. 564.

38) *Luc. van de* POLL c. l. §. 8.

exhibeant, ſiquidem ab eo morbo liberatur, licebit ipſi, ſi velit, filium vel liberos, qui eum neglexerunt, ingratum, vel ingratos in teſtamento ſuo ſcribere.) Sterben die Eltern in dem Zuſtande des Wahnſinns, ſo ſchließt das Geſetz die undankbaren Kinder aus, und giebt die elterliche Erbſchaft, deren ſich dieſelben unwürdig gemacht haben, demjenigen, der ſich aus Mitleid des wahnſinnigen Alten annahm, und ſeiner pflegte; wenn nämlich dieſer ſich der Verpflegung unterzog, nachdem er zuvor diejenigen nochmals an ihre Schuldigkeit erinnert hatte, denen ſolche oblag, dieſe aber der geſchehenen Aufforderung dennoch kein Gehör gaben. Dieſer bekommt nun die Erbſchaft auf jeden Fall, der blödſinnige Alte habe, ehe er in Wahnſinn verfiel, ein Teſtament gemacht, und das undankbare Kind darin inſtituirt, oder er ſey ohne Teſtament geſtorben. Der fremde Verpfleger tritt in jenem Falle an die Stelle des unwürdigen Kindes, nicht anders, als wenn er ſelbſt inſtituirt wäre, und muß daher alles erfüllen, was dem rechten Erben zu präſtiren obgelegen hätte [39]).

7) Wenn die Kinder unterlaſſen haben, ihre in feindliche Gefangenſchaft gerathene Eltern loszukaufen. (Si unum ex parentibus *captivitate detineri* contigerit, eiusque *liberi*, ſive omnes, ſive unus, *eum redimere non ſtudeant.*) Offenbar ſetzt jedoch dieſe Urſache eine ſolche Gefangenſchaft voraus,

39) Nov. 115. Kap. 3. §. 11. daß das Teſtament durch richterliche Sentenz reſcindirt werden müſſe, wie *Luc. van de* POLL cap. 57. §. 22. behaupten will, folgt aus den Worten: *evacuata inſtitutione* eorum, utpote indignorum, qui furioſo curam praebere neglexerint, nicht.

voraus, wodurch die Gefangenen in die Sklaverey gerathen. Da nun dieses bey der Gefangenschaft unter christlichen Kriegsvölkern nicht mehr geschieht, auch die Freylassung der Kriegsgefangenen unter denselben durch die Kriegführenden Mächte selbst betrieben wird [40]); so läßt sich heut zu Tage von dieser Ursache nur noch alsdenn Gebrauch machen, wenn ein Vater etwa in die türkische oder allgierische Gefangenschaft gerathen seyn sollte, wodurch der Gefangene noch jetzt Sklave wird; und die Kinder könnten ihn loskaufen, thäten es aber nicht. Hier müßte das römische Gesetz auch noch heutiges Tages Anwendung finden [41]). Es wird jedoch vorausgesetzt, wie Justinian ausdrücklich vorschreibt, daß die Kinder schon das achtzehnde Jahr zurückgelegt haben [42]). Es ist auch merkwürdig, daß wenn die Kinder zur Auslösung ihrer gefangenen Eltern das Geld aufborgen, und dem Gläubiger zur Sicherheit ihr eigenes Vermögen, oder die Güter der Eltern verpfänden, der Contract gültig ist, und auf keine Weise angefochten werden kann [43]), wenn gleich

40) Westphal in der angef. Theorie §. 566. S. 429.

41) *Luc. van de* POLL de exheredat. cap. LVIII. §. 4. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. de succeſſ. §. 137. nr. 13. pag. 166. Griesinger Commentar über das Wirtemberg. Landrecht. 6. B. S. 447.

42) *Nov. CXV. cap. 3. §. 13.* Hanc autem poenam contra eos obtinere volumus, *qui decimum octavum aetatis annum impleverunt.*

43) In illis vero cauſis, heißt es *§. 13. cit.* nach Hombergk, quibus pro liberandis captivis pecuniam dari neceſſe eſt, ſi quis propriam pecuniam non habeat, *liceat illi, ſi dictae aetatis ſit, mutuam pecuniam accipere, et res mobiles vel immobiles, ſive proprias, ſive eius, qui in captivitate detinetur, pignori dare;* quia

gleich die Kinder noch minderjährig sind, auch kein Dekret der Obrigkeit von denselben ist ausgewirkt worden[44]).

8) Wenn Kinder honetter Eltern sich wider den Willen derselben dem niederträchtigen Gewerbe der Arenarien oder Pantomimen widmen, und bey dieser Lebensart verbleiben. Unter den Arenarien werden nicht die Gladiatoren, deren blutige Schauspiele, ihrer Grausamkeit wegen, schon Constantin und Honorius verboten hatten, sondern die sogenannten Bestiarien verstanden, welche öffentlich auf dem Circus oder dem Amphitheater für Geld mit den wilden Thieren fochten. Die Pantomimen oder Mimen hingegen waren Schauspieler, die durch Tanz und Gestikulation alle Arten lächerlicher und unzüchtiger Scenen vorstelleten. Beyde gehörten bey den Römern zu den Personen, die der Prätor in seinem Edict für infam erklärt, wie ich schon an einem andern Orte dieses Commentars[45]) bemerkt habe. Man wendet diese Verordnung heut zu Tage auf die herumziehenden Bärenführer, Marionettenspieler, Seiltänzer, und Bänkelsän-

quia in omnibus iis, quae dicta sunt, et pro liberatione captivorum dantur, vel expenduntur, eiusmodi contractus perinde firmos esse iubemus, *ac si a persona sui iuris et perfectae aetatis celebrati essent.*

44) S. CUJACII Expos. Nov. 18. BARRY de Successionib. Lib. X. Tit. 4. nr. 15. Es findet daher keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statt, wenn gleich der Vater nachher die Schuld nicht bezahlen könnte. S. *van de* POLL c. l. §. 19. seqq.

45) S. den 5. Th. §. 379. S. 168. folgg. Man vergleiche noch *van de* POLL cap. LVII. und BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. *Arenarii* et v. *Pantomimi*.

ger an[46]). Allein die Verachtung, in welcher solche Vagebunden stehen, ist mehr nur Anrüchtigkeit, als römische Infamie[47]). Auf keine Weise aber paßt die römische Verordnung auf die heutigen privilegirten Schauspielergesellschaften[48]).

9) Wenn Kinder vom christlichen Glauben (catholica fide) abfallen, und zu einer im Staate nicht recipirten Religionssecte übergehen. Justinian gedenket hier der zu seinen Zeiten noch berühmten Nestorianischen Secte, welche den Patriarchen Nestorius zu Constantinopel zu ihrem Haupte hatte. Dieser läugnete die Gottheit Christi, und wurde daher von dem Ephesinischen Concilium verdammt, abgesetzt, und sein Vermögen confiscirt. Daher wurden die Anhänger des Nestorius *Acephali* genennt, weil sie nun ohne Haupt waren[49]). Das Gesetz erklärt übrigens diejenigen für Ketzer, welche den von den vier öcumenischen Concilien, nämlich dem Nicäischen, Ephesinischen, Constantinopolitanischen und Chalcedonischen, ange-

46) S. *Io. Bernh.* HOFFER de quibusdam causis exheredationis §. 15. Runde Grundsätze des gem. teutschen Privatrechts §. 310. Claproth Abh. von Testamenten S. 92.

47) S. Hagemeister über den wesentlichen Unterschied zwischen der römischen Infamie und teutschen Ehrlosigkeit; (in Hugo civilistischen Magazin. 3. Bandes 2. St. Nr. VIII. S. 165. ff.)

48) MADIHN Princip. iur. Rom. de Successionib. §. 137. nr. 10. pag. 164. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 321.

49) S. Joh. Christph. Krause Handbuch der christlichen, besonders teutschen, politischen Kirchengeschichte. 1. Band. (Halle 1785.) §. 115. und *Luc. van de* POLL cap. 59.

angenommenen Lehrbegriff der christlichen Kirche verwarfen. Dieses dürfte aber heut zu Tage wohl nicht mehr als Norm zur Prüfung der Orthodoxie dienen, wie Westphal [50]) ganz richtig bemerkt. Das Kind müßte auch wohl erst durch Urtheil und Recht für einen Ketzer erklärt seyn, wenn es deshalb sollte enterbt werden können [51]).

b) Solche Ursachen der Enterbung, die nur auf Descendenten des einen oder andern Geschlechts anwendbar sind. Dahin gehören

α) für das männliche Geschlecht.

1) Wenn der Sohn den Vater oder die Mutter eines Verbrechens wegen peinlich anklagt, welches nicht gegen den Staat oder dessen Regenten geht [52]). Nur das Verbrechen des Hochverraths soll also eine Ausnahme machen. Denn bey diesem wirkt auch schon die bloße Verschweigung eine Theilnahme [53]). Hier entschuldigt auch das engste Band der Blutsfreundschaft nicht [54]),

50) Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 567. S. 431. folgg.

51) HOFFER cit. Specim. §. 10. et 11. MADIHN Princip. iur. Rom. de Succession. §. 137. nr. 14. pag. 166.

52) *Nov. 115. cap. 3. §. 3.*

53) S. *Nic. Hier.* GUNDLING Singularia ad legem Maiestatis, itemque de silentio in hoc crimine. (*Francof. et Lipſ.* 1737. 4.) Cap. 3. und Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 170.

54) Bekannt ist das triste et atrox exemplum, welches TACITUS *Annal.* Lib. IV. vom Quintus Vibius Serenus erzählt.

und selbst der Unterschied des Geschlechts kommt bey der peinlichen Anklage dieses Verbrechens nicht in Betrachtung [55]). Bey andern Verbrechen schließen die Gesetze die Kinder von der Anklage ihrer Eltern aus, die Anklage sey gegründet oder nicht [56]). Tritt also dennoch ein Sohn als Ankläger gegen seinen Vater oder Mutter auf, so kann ihm nicht nur die Einrede der Unzulässigkeit entgegengesetzt werden, sondern er hat auch mit Recht die Enterbung verdient [57]). Sollte ihm auch von Amtswegen die Pflicht obliegen, alle ihm bekannt gewordene Verbrechen den Gerichten anzuzeigen, so würde doch selbst Amtspflicht die Undankbarkeit des Sohns nicht entschuldigen, der als öffentlicher Angeber seinen Vater anklagen wollte [58]). Nur in dem Falle, da das eigne Interesse der Kinder bey dem Verbrechen der Eltern zu sehr leiden würde, ist es den erstern erlaubt, dasselbe durch eine Civilklage zu verfolgen [59]); und dann kann

55) *L. 8. D. ad Leg. Iul. Maiestat.* S. *Francis.* BALDUINI Disputat. II. ex Papiniano ad cap. VIII. ad Leg. Iul. majestat. in *Iurisprud. Rom. et Attica.* Tom. I. pag. 979. seqq.

56) *L. 11. §. 1. D. de accusat. L. 20. C. de his, qui accusare non poss. L. 5. C. ad Leg. Corn. de falsis. Ant.* MATTHAEI de criminib. ad Lib. XLVIII. Tit. 13. cap. 1. §. 14.

57) *Luc. van de* POLL de exheredat. cap. L. §. 4.

58) *Luc. van de* POLL cit. cap. L. §. 6. Anderer Meinung ist jedoch *F. Wilh.* GAMBSJAEGER in Diss. sub Tit. Testamentum in genere, in specie inofficiosum, una cum remediis iuris, systematice expositum. *Manhemii 1803.* P. III. §. 12. nr. I. p. 50. Allein die Gesetze machen keine Ausnahme.

59) *L. 11. §. 1. D. de accusat.* Liberi non sunt prohibendi, *suarum rerum defendendarum gratia*, de facto parentum queri: veluti si dicant: *vi se a possessione ab his expulsos*, scilicet *non*

ut

kann freylich von keiner Enterbung die Rede seyn [60]). Uebrigens ist es hier, wo von einer förmlichen Anklage die Rede ist, gleichgültig, ob die Anklage den Eltern geschadet habe oder nicht. Sie ist also von der oben, unter den Enterbungsursachen für beyde Geschlechter, erwähnten Delation darin unterschieden, daß durch die letztere den Eltern ein beträchtlicher Schade müsse zugefügt worden seyn, wenn eine Enterbung deswegen Statt finden soll [61]).

2) Wenn der Sohn seine Stiefmutter oder die Concubine seines Vaters beschläft [62]). Was hier von der Concubine des Vaters gesagt ist, fällt heut zu Tage weg, weil der Concubinat bey uns zu den Verbrechen gehört, der bey den Römern eine erlaubte Verbindung war [63]).

3) Wenn der Sohn sich zu den *maleficis* begiebt, und an ihrem unerlaubten Geschäft Antheil nimmt [64]). Unter

ut crimen vis eis intendant, sed *ut possessionem recipiant.* Nam et filius non quidem prohibitus est, de facto matris queri, si dicat: *suppositum ab ea partum, quo magis coheredem haberet:* sed ream eam *Lege Cornelia* facere permissum ei non est.

60) *Luc. van de* POLL cap. L. §. 18.

61) Höpfner Commentar über die Institutionen §. 478. Nr. 4.

62) *Nov. 115. cap. 3. §. 6.*

63) S. Westphals Theorie des R. Rechts von Testamenten §. 563. in fin.

64) *Nov. 115. cap. 3. §. 4.* Bey Hombergk heißt es: Si cum *veneficis*, ut *veneficus*, conversetur. Allein der Kaiser braucht den Ausdruck Φαρμακὸς, welcher eigentlich einen *incantator*, oder *maleficus*, einen Zauberer bezeichnet. Weil diese

den *maleficis* werden hier nicht alle und jede Uebelthäter, sondern nur diejenigen verstanden, welche bey den Römern Zauberey und Giftmischerey trieben, und durch ihre verbotenen Künste andern zu schaden suchten, wie aus dem Tit. Cod. *de maleficis et mathematicis* (Lib. IX. Tit. 18) erhellet[65]). Von diesen inimicis humani generis, wie sie *L. 7. Cod. eodem.* genennt werden, gab es bey den Römern insgeheim ganze Gesellschaften, welche nach den Berichten des Plinius[66]) die schändlichsten Laster ausübten, und auch andern in ihren unerlaubten Künsten Unterricht ertheilten[67]). Dergleichen Verbindungen sollten also, wenn sich der Sohn als Mitglied zu ihnen hielte, den Vater zur Enterbung berechtigen. Es ergiebt sich hieraus, daß von dieser Enterbungsursache zu unsern Zeiten wenig oder gar kein Gebrauch zu machen seyn dürfte, wie Herr Prof. Weber[68]) sehr richtig bemerkt hat.

4) Wenn

diese jedoch auch Giftmischerey trieben, so werden die malefici auch *venefici* genennt. *L. 3. C. Th. de indulgent. crim.* (IX. 38.)

65) BRISSONIUS de Verbor. Signific. v. *Maleficus. Luc. van de* POLL de exheredat. cap. 51. *Iac. Bened.* WINCKLER Commentat. ad Tit. Cod. de mathematicis, maleficis, et cet. similibus, praef. *Lüd.* MENCKEN. *Lipsiae 1725.* def. §. 14. seqq. und *Pet.* TOLLOZAN Diss. de maleficis et mathematicis. Cap. IV. §. 1. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. dissertation. Belgicar.* Vol. I. Tom. III. pag. 246.)

66) *Histor. natural.* Lib. XXX. cap. 1. et 2.

67) Gegen diese waren besonders die strengen Verordnungen der *L. 4. 5. et 6. C. de maleficis et mathem.* gerichtet.

68) Bemerkungen und allgemeine Regeln zur Beförderung einer gründlichen Theorie der Anwendung des Röm. Rechts in teutschen

4) Wenn die Eltern Schulden halber, oder wegen eines Vergehens im Gefängniß sitzen, und der Sohn, welcher darum von dem Vater oder der Mutter war ersucht worden, sich weigert, sie durch Bürgschaft daraus zu befreyen, ohnerachtet er dazu vermögend war [69]). Justinian schränkt diese Enterbungsursache ausdrücklich nur auf Söhne ein [70]). Gleichwohl behauptet Westphal [71]), daß diese Einschränkung des Gesetzes heut zu Tage nicht mehr gelte, weil Frauenspersonen, so gut, als Mannspersonen, sich verbürgen können, wenn sie nur der Rechtswohlthat des Vellejanischen Senatusconsultums entsagen. Aus diesem Grunde müsse also das Gesetz jetzt auch auf die Töchter aus-

 gedehnt

schen Gerichten §. 3. (in den Versuchen über das Civilrecht und dessen Anwendung. Schwerin und Wismar 1801. S. 19. folg.)

69) *Cap. 3. §. 8. Nov. 115.* Si *quem ex parentibus* eius *carceri includi* contingat, et *liberi*, qui ab intestato ad successionem eius venire possunt, *ab eo rogati*, vel unus ex illis, pro eo, sive *pro persona* sive *pro debito*, fideiubere nolint, in quantum ille, qui rogatus est, facere posse probatur. Die Worte: Si *quem ex parentibus*, sind ohne Zweifel sowohl vom Vater als von der Mutter zu verstehen. In der Folge verordnete nun zwar Justinian, *Nov. CXXXIV. cap. 9.* daß keine Frauensperson incarcerirt werden sollte. Allein dieses Privilegium fällt h. z. T. weg. S. Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. 4. St. Nr. 11. und *Luc. van de* POLL cap. 55. §. 25.

70) Hoc tamen, sagt das Gesetz, quod de fideiussione sancimus, ad masculos liberos, et quidem solos pertinere volumus.

71) Theorie von Testamenten §. 564. S. 425.

gedehnt werden[72]). Mit Recht widersprechen jedoch dieser Meinung Madihn[73]), Claproth[74]) und Gambsjäger[75]), obgleich der Grund, den sie gebrauchen, nämlich daß eine Frauensperson schon nach dem röm. Rechte so gut, wie heut zu Tage, dem Vellejanischen Rathschluße habe entsagen können, nicht überzeugend ist[76]; indem vielmehr der Grund darin liegt, daß es widersprechend seyn würde, wenn die Gesetze den Frauenspersonen die Bürgschaften verbieten, und insonderheit die Bürgschaften der Töchter für ihre Eltern für nichtig erklären[77]), und dennoch dieselben wider ihren Willen

72) Dieser Meinung stimmt auch Griesinger im Commentar über das Wirtemberg. Landrecht im 6. Band S. 437. bey.

73) Princip. iur. Rom. de succeff. §. 137. nr. 8. pag. 164.

74) von Testamenten §. 18.

75) Diff. de testamento in genere, et in specie inofficioso, una cum remediis iuris. P. III. §. 12. not. 48.

76) Das Gegentheil haben AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 5. HELLFELD in Diff. de condictione mulieri intercedenti competente §. 35. seqq. und Weber in der systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 74. Not. 14. mit überwiegenden Gründen gezeigt.

77) *L. 8. Cod. ad SCtum Vellejan.* S. Röslins Abhandlung von besondern weiblichen Rechten. 2. Band. 3. Buch. 1. Absch. 2. Hauptst. 1. Kap. §. 17. S. 66. folg. Verschiedene Rechtsgelehrte glauben zwar, daß vermöge der *L. 21. §. 1. D. eodem* die Bürgschaft einer Tochter für ihren Vater gültig gewesen sey, wenn sie exigente pietatis officio geschehen, nämlich ne iudicatus pater eius propter solutionem vexetur; z. B. HARPPRECHT Vol. novo Consultation. P. II. Consil. 70. nr. 220—222. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. Tit. ad SCtum Vellejan. nr. XXVIII. pag. 443. Allein der Ausdruck

Willen nöthigen wollten, sich dieser Wohlthat auf Verlangen ihrer Eltern zu begeben, und zwar bey Strafe der Enterbung[78]). Nach der richtigern Meinung findet daher diese Enterbungsursache auch noch heut zu Tage bloß bey Söhnen Statt. Es wird ferner erfordert, daß die Eltern eine Bürgleistung verlangt haben. Ob aber der Sohn die Volljährigkeit erreicht haben müsse, oder auch, wie oben in dem Falle, wenn die Eltern in feindliche Gefangenschaft gerathen sind, ein Alter von achtzehn Jahren für hinreichend zu halten sey, bestimmt das Gesetz nicht. Letzteres behaupten indessen Stryk[79]), Hofacker[80]) und Höpfner[81]). Allein die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten[82]), welche das erstere behaupten, verdient, bey dem Mangel einer besondern gesetzlichen Vorschrift, als der Analogie gemäßer, billig den Vorzug. Dieser Meinung stimmt auch Hellfeld[83]) bey. Merkwürdig ist es übrigens, daß hier, wo von einer Bürgschaft des Sohns für den Vater die Rede ist, die Einheit der Person nicht im Wege steht, wenn

druck *liberaliter aliquid facere* heißt nicht Bürgschaft leisten, sondern schenken, wie Rößlin a. a. O. 2. Kap. §. 6. S. 96. sehr richtig erinnert hat. Es beweißt dies auch der in der *L.* 21. §. 1. *cit.* angeführte Grund: *oneribus enim eorum Senatus succurrit*, hinlänglich.

78) S. *Luc. van de* POLL cit. cap. 55. §. 42.

79) de cautelis testamentor. Cap. XIX. §. 32.

80) Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1695. nr. 8.

81) Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 478. Nr. 13.

82) *Luc. van de* POLL de exheredat. cap. 55. §. 3.

83) Tit. de liber. et postum. §. 1424. nr. 8.

wenn gleich der Sohn noch in väterlicher Gewalt ist [84]). Wenn ein Sohn außer dem Falle, da die Eltern im Gefängniß sitzen, sich weigern sollte, für sie Bürgschaft zu leisten, sie wollen z. B. eine Geldanleihe contrahiren, welches sie ohne Sicherheitsleistung nicht erhalten können, so findet deshalb keine Enterbung statt [85]).

β) Für das weibliche Geschlecht.

Wenn eine Tochter oder Enkelin eine ihr von den Eltern oder Großeltern angetragene Heyrath nebst dargebotenen Brautschatz ausschlägt, und statt derselben eine unzüchtige Lebensart erwählt. Hätte sie jedoch das fünf und zwanzigste Jahr bereits zurückgelegt, ohne daß die Eltern sich bemühet hätten, ihr einen Mann zu verschaffen, so kann sie nicht enterbt werden, wenn sie nachher zur Hure wird, oder ohne den Willen der Eltern sich verheyrathet, wenn sie nur einen freyen Menschen zum Manne nimmt. Denn alle Schuld fällt hier auf die Eltern zurück [86]). Hier ist der Unterschied besonders merkwürdig, den das Gesetz zwischen einer minderjährigen und volljährigen

84) *L. 10. §. 2. D. de fideiuss.*

85) STRYK caut. contract. c. 1.

86) *Cap. 3. §. 11.* dict. *Nov. CXV.* Si cui ex dictis parentibus filiae suae vel nepti maritum dare, et dotem pro modo facultatum pro ea praestare volenti, illa non consentiat, sed turpem vitam eligat. Si vero filia ad *viginti quinque annorum aetatem* pervenerit, et parentes eam marito iungere differant, ac forte exinde contingat, ut illa in proprium corpus peccet; vel sine consensu parentum viro, libero tamen, nubat: hoc filiae in ingratitudinem imputari nolumus, quoniam non sua, sed parentum culpa id commisisse intelligitur.

gen Tochter macht. Erstere kann enterbt werden, wenn sie sich der Unzucht ergiebt, und die Eltern ihr im Heyrathen nicht hinderlich gewesen sind. Die Entschuldigung, daß die Eltern sich keine Mühe gegeben hätten, ihr einen Mann zu verschaffen, kommt ihr nicht zu statten. Nur dann findet die Enterbung nicht Statt, wenn eine solche Tochter von ihren Eltern ohne alle vernünftige Gründe vom Heyrathen ist abgehalten worden, ohnerachtet ihr verschiedene anständige Parthien waren angetragen worden. Denn es würde gegen die Vernunft und Billigkeit streiten, wenn die Eltern wegen einer Handlung, die sie selbst durch ihre eigene Schuld und Caprice veranlaßt haben, die Tochter sollten enterben können [87]? Ist aber eine Tochter volljährig, so müssen sich die Eltern bemühen, sie an einen Mann zu bringen;

87) Es ist also offenbar unrichtig, wenn Höpfner im Commentar §. 478. Nr. 14. und Westphal von Testamenten §. 565. behaupten, daß eine minderjährige Tochter, welche zur Hure geworden, ohne Unterschied enterbt werden könne, und die Eltern ausser aller Verantwortung wären, wenn sie ihre Tochter vor ihrem 25sten Jahre vom Heyrathen abgehalten hätten. Denn sind gleich die Eltern nicht schuldig, vor dem 25sten Jahre der Tochter sich sonderliche Mühe zu geben, ihr einen Mann zu verschaffen; so folgt doch daraus noch nicht, daß die Eltern die Tochter ohne hinreichende Gründe vom Heyrathen abhalten dürften, wenn ihr eine anständige Parthie angetragen wird, welche die Tochter anzunehmen bereit war. Mit welchem Rechte können hier die Eltern eine solche Tochter enterben, wenn sie sich nachher der Unzucht ergeben hat? Man sehe hier vorzüglich Griesingers Commentar über das Wirtembergische Landrecht. 6. Band. S. 441. folg. besonders Not. e.

gen[88]); haben sie sich nicht um ihre eheliche Versorgung bekümmert, und sie kommt jetzt zu Falle, oder sie verheyrathet sich gegen den Willen der Eltern, so findet keine Enterbung Statt. Wenn hingegen den Eltern nichts zur Last fällt, sie wollten der Tochter einen anständigen Mann geben, aber diese schlug ihn ohne hinreichende Ursache aus, oder die Eltern konnten aller angewandten Mühe ungeachtet keinen anständigen Mann für ihre Tochter finden, und sie ergiebt sich nun der Unzucht, oder sie trift eine den Eltern unanständige Heyrath; so kann auch eine großjährige Tochter mit Recht enterbt werden[89]). Allein es liegt noch ein anderer Unterschied in dem Geist des Gesetzes. Ist nämlich eine Tochter noch minderjährig, und die Eltern waren bemüht, sie standesmäßig zu verheyrathen, sie hat aber solches ausgeschlagen, und sich blos nach ihrem Eigensinn und Willkühr gegen den Willen der Eltern verheyrathet; so kann sie enterbt werden, wenn sie auch nicht gerade einen unwürdigen, sondern einen solchen Mann gewählt hätte, dessen sich die Eltern eben nicht schämen dürften. Mit ausdrücklichen Worten sagt dies zwar der Kaiser nicht. Daher läugnen auch mehrere Rechtsgelehrte[90]) schlechterdings, daß eine von den

88) S. *Io. Conr.* STIEGLIZ Diss. de necessitate patris conditionem filiabus quaerendi: ad L. 19. D. de ritu nupt. *Halae 1757.* §. 7.

89) Man sehe vorzüglich *Diet. Gotthard.* ECKARDI Diss. de exheredatione filiae turpiter viventis. *Lipsiae 1720.* Cap. II. §. 8. und Phil. Jac. Heislers Erörterung der Frage: Sind Eltern ihre Kinder, welche sich wider ihren Willen verheyrathen, zu enterben befugt? Halle 1783. 4. §. 4—9.

90) STRUV Synt. iur. civ. Exercit. 32. Th. 34. STRYK Caut. testam. cap. XIX. §. 35. *Frid. Aug. Guil. de* WITZENDORF Diss.

den Kindern wider den Willen der Eltern eingegangene Ehe den letztern ein Recht gebe, solche Kinder deswegen zu enterben; andere[91]) hingegen schränken dieß blos auf den Fall ein, wenn die Tochter gegen den Willen der Eltern einen Mann genommen, welcher denselben zur Schande gereicht. Allein daß es bey einer minderjährigen Tochter darauf nicht ankommt, ob durch die eingegangene Heyrath die Familie entehrt wird, oder nicht, sondern zur Enterbung genug ist, wenn sie mit Verwerfung der ihr von ihren Eltern gethanen annähmlichen Heyrathsvorschläge sich gegen den Willen derselben eigenmächtig verheyrathet hat, ist darum nicht zu läugnen, weil Justinian in dem entgegengesetzten Falle, nämlich da eine Tochter schon die Großjährigkeit erreicht hat, und es an den Eltern gelegen, daß sie unverheyrathet blieb, dieselbe von der Strafe der Enterbung frey spricht, wenn sie zwar ohne Einwilligung der Eltern, aber doch einen freyen und honetten Mann genommen hat. Nun würde aber zwischen beyden Fällen gar kein Unterschied seyn, wenn auch eine minderjährige Tochter, die zwar ohne der Eltern Willen, aber doch eine solche Heyrath getroffen hat, welche den Eltern nicht gerade zur Beschimpfung gereicht, eben so wenig, als eine volljährige, die eben dieses gethan, enterbt werden dürfte. Man wende nicht ein, daß der Kaiser bloß von

Diss. de exheredatione liberorum sine consensu parentum nuptias contrahentium. *Goettingae 1757.* und WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 14.

91) MÜLLER ad *Struvium* cit. loc. not. α. CUJACIUS Observation. lib. III. cap. 5. ECKARD cit. Diss. cap. II. §. 9. Westphal Theorie des R. R. von Testamenten §. 565. S. 427. und Griesinger im angef. Commentar. 6. Th. S. 442.

von einer vita turpi rede, welche die Tochter einer ihr angebotenen anständigen Ehe vorgezogen haben müsse, wenn sie deswegen von ihren Eltern soll enterbt werden können, wofür aber doch eine von der Tochter wider den Willen der Eltern eingegangene Ehe nicht gehalten werden könne. Denn man erwäge wohl, daß es einer Tochter, die noch unter 25 Jahren ist, nach dem römischen Rechte schlechterdings nicht erlaubt ist, ohne des Vaters Einwilligung sich zu verehelichen, wenn sie gleich nicht mehr in desselben väterlichen Gewalt steht [92]). Ja wenn auch der Vater nicht mehr am Leben ist, so darf dennoch die Tochter, die noch minderjährig ist, nicht nach ihrer Willkühr heyrathen, sondern es wird dazu die Einwilligung der Mutter und sonstigen nächsten Verwandten erfordert [93]). Hatte nun also eine solche minorenne Tochter dennoch eine Ehe ohne die Einwilligung der Eltern eigenmächtiger weise geschlossen, so war solche nicht nur gesetzwidrig, sondern auch null und nichtig [94]); und von einer solchen Tochter, welche in einer dergleichen ungültigen und strafbaren Verbindung zum Verdruß und Kränkung der

92) *L. 20. C. de nupt.* In coniunctione filiarum in sacris positarum patris exspectetur arbitrium. *Sed si sui iuris puella sit intra quintum et vicesimum annum constituta: ipsius quoque adsensus exploretur.* Ge. *Lud.* BOEHMER Diss. de necessario parentum consensu in nuptiis liberorum. *Halae 1740.* Cap. I. §. 18. et 31. not. e.

93) *L. 20. Cod. cit.* Si patris auxilio destituta, *matris*, et *propinquorum*, et ipsius quoque requiratur adultae *iudicium.* Adde *L. 1. et 18. C. eodem.*

94) *§. 12. I. de nupt. L. 5. C. de Legib. Franc.* HOTOMANNI Quaestion. illustr. libro. Qu. 9. pag. 73. und BOEHMER cit. Diss. Cap. I. §. 26. et 27.

der Eltern lebte, konnte wohl Justinian sagen, daß sie ein ärgerliches und schändliches Leben (ἀισχρὸν βίον) führe. Denn daß der Kaiser unter einer vita turpi, wie Homberg jene griechischen Worte ganz richtig übersetzt, eine gemeine Hurerey verstanden habe, wo sich die Tochter ohne Wahl einem jeden zur Unzucht Preiß giebt, ist nicht zu erweisen. Auch auf eine solche Tochter paßt das Gesetz, welche mit Hintansetzung einer ihr angebotenen anständigen Heyrath sich auch nur mit einem Geliebten eingelassen, und von diesem schwanger geworden ist[95]). Um so weniger ist zu bezweifeln, daß jener schändliche Undank und sträfliche Ungehorsam einer Tochter, welche wider den Willen der Eltern, ohnerachtet diese um ihr Wohl in Ansehung der ehelichen Versorgung eifrigst bemüht gewesen, eigenmächtig und freventlicher Weise sich selbst einen Mann nimmt, nach dem Geist unserer Novelle die Enterbung verdiene, gesetzt auch, daß sie eben keinen verächtlichen Menschen geheyrathet hätte, wie Heinrich Brouwer[96]) und Heisler[97]) sehr gründlich gezeigt haben[98]) Denn nur einer Tochter über

25 Jah-

95) ECKARD cit. Diss. cap. II. §. 4. VOET ad Pand. h. t. §. 26. in fin.

96) De iure connubiorum. (*Delphis* 1714. 4.) Lib. II. cap. 24. nr. 27. et 28. pag. 657.

97) In der angeführten Abhandlung §. 10 — 18.

98) Hat sich nun ja die Tochter eine untadelhafte Mannsperson zum Gegenstand ihrer ehelichen Liebe einmal ausersehen, von der sie nicht abstehen will, welches die Ursach gewesen, warum sie die ihr von ihren Eltern angetragenen Heyrathsvorschläge nicht annehmen konnte; so entdecke sie ihr Anliegen den Eltern, und ersuche sie mit kindlicher Ehrerbietung um

25 Jahren vergiebt das Gesetz einen solchen Fehltritt, wenn ihre Eltern sich um ihre eheliche Versorgung gar nicht bemühet hatten, und auch diese ist selbst alsdann gegen die Strafe der Enterbung nicht zu schützen, wenn sie einen die Familie beschimpfenden Mann nimmt. Dieser Sinn liegt unstreitig in den Worten: *vel sine consensu parentum viro, libero tamen, nubat,* (ἢ δίχα συγκινέσεως τῶν γονέων ἀνδρὶ ἑαυτὴν, ἐλευθέρῳ μέντοιγε συζεῦξαι). Zwar wollen unsere Gegner die Aechtheit dieser Worte aus dem Grunde bezweifeln, weil sie in der Haloandrinischen Ausgabe der Novellen fehlen. Allein wie wenig dieses Argument die Richtigkeit unserer Behauptung zu entkräften vermag, wird jedem einleuchten, welcher weiß, daß sich Haloander bey seiner griechischen Ausgabe der Novellen eines unvollständigen Manuscripts bedient habe, in welchem nicht nur viel Novellen fehlten, sondern auch die, welche er edirte, voller Lücken waren[99]). Haloander bekennt dieses selbst, und es ist auch schon von andern Rechtsgelehrten, insbesondere aber

ihre Einwilligung. Wollen diese nun schlechterdings nicht einwilligen, so bleibt ihr ja noch ein anderer Weg offen, wodurch sie, ohne die Eltern zu beleidigen, oder sich einer Undankbarkeit gegen dieselben schuldig zu machen, ihren Zweck erreichen kann, nämlich sie bringe die Sache an das Consistorium, und überlasse es der Entscheidung desselben, ob die Eltern hinlänglichen Grund haben, ihre Einwilligung zu verweigern. Dies ist der Weg, den ihr die Gesetze anweisen, *L. 19. D. de ritu nupt. L. 1. L. 18. C. de nupt.* Schlägt sie diesen nicht ein, sondern heyrathet eigenmächtig, wen sie will, so ist dies ein Trotz und Ungehorsam gegen die Eltern, und es geschieht ihr durch die Enterbung kein Unrecht. S. *Ant.* MERENDA Controv. iuris Lib. III. c. 13.

99) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 54.

aber von Voorda [100]) und Cramer [1]) mit Anführung einer Menge von Beyspielen ganz augenscheinlich dargethan worden. Genug, daß jene Worte in der Vulgata, in Julians Epitome, und in den vollständigern griechischen Ausgaben eines Scrimgers und Contius stehen.

Da übrigens die Novelle bey der zuletzt erwähnten Enterbungsursach ganz deutlich bloß von Töchtern und Enkelinnen spricht, so ist davon bey Söhnen kein Gebrauch zu machen. So wenig also ein Sohn seiner Hurerey wegen von den Eltern enterbt werden kann, eben so wenig kann solches geschehen, wenn er ohne Wissen und Willen der Eltern sich verheyrathet, die Frau sey beschaffen, wie sie wolle. Alexander Politus [2]) nimmt zwar den Fall aus, wenn der Sohn noch unter 25 Jahren ist, und wider des Vaters Willen eine verächtliche Person geheyrathet hat, die ihm und seiner Familie zur Schande gereicht. Hier, meint er, habe der Sohn die Enterbung verdient, wenn er auch schon nicht mehr in der väterlichen Gewalt sey. Denn wenn auch gleich die Novelle selbst von diesem Falle nichts enthält, so sey es doch in den ältern Gesetzen klar verordnet [3]), welche Justinian nirgends wieder aufgehoben habe. Allein da

100) Elector. libr. singulari. (*Trajecti ad Rhen.* 1749. 8.) cap. XXVII. pag. 259.

1) Progr. continens ad historiam Novellarum Iustiniani Imp. Analecta litteraria. *Kilonii* 1794. 4. pag. 20. seqq.

2) De patria in testamentis condendis potestate. Lib. I. cap. 8. (in *Ger.* MEERMANNI *novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. I. pag. 256. seq.)

3) *L. 3. §. 5. D. de bonor. poss. contra tab.*

Justinian diese Enterbungsursache in Ansehung der Söhne in der Novelle 115. nicht wiederholt hat, so ist sie um so mehr für aufgehoben zu halten, da der Kaiser ausdrücklich verbietet, aus andern Gesetzen Enterbungsursachen herzunehmen, welche nicht in der gedachten Novelle enthalten sind [4]). Daher sind auch die meisten Rechtsgelehrten [5]) auf meiner Seite.

II. Ascendenten können nur aus acht Ursachen von ihren Descendenten enterbt werden, welche Justinian *cap.* 4. *Nov. CXV.* folgendermaßen bestimmt.

1) Wenn sie die Kinder eines Verbrechens wegen anklagen, oder auch nur angeben, worauf die Todesstrafe gesetzt ist, (Si parentes liberos suos *ad ultimum supplicium* dederint). Das Verbrechen des Hochverraths ist jedoch auch hier ausgenommen, aus dem oben bey der Enterbung der Kinder angeführten Grunde. Wenn sie die Kinder wegen solcher Verbrechen anklagen, die nicht capital sind, so findet deshalb nach diesem Gesetz keine Enterbung statt. Es ist also hier das Enterbungsrecht der Kinder mehr beschränkt, als das der Eltern.

4) *Nov. CXV. cap. 3. pr.* — ut praeter eas nemini liceat, *ex alia lege* ingratitudinis causam opponere, nisi illas, *quae serie praesentis constitutionis continentur.*

5) CUJACIUS in Exposit. Nov. 18. FACHINAEUS Controv. iur. Lib. III. cap. 44. MEIER Colleg. iur. argentorat. Tom. II. Lib. XXVIII. Tit. 2. §. 26. pag. 355. *Luc. van de* POLL de exheredat. cap. 47. §. 1. seqq. GRIEBNER Diss. de exheredat. liberorum sine consensu parentum nuptias contrahent. §. 7. ECKARD cit. Diss. Cap. III. §. 11. und Heisler in der angeführten Abhandlung §. 20. folgg.

tern[6]). Auch dürfen die Eltern keine Enterbung befürchten, wenn die Kinder das Verbrechen, weshalb sie von den Eltern peinlich angeklagt, oder angegeben worden, an diesen selbst begangen oder versucht haben[7]).

2) Wenn sie den Kindern durch Gift, Zauberey, oder auf andere Art nach dem Leben stehen. (Si venenis, aut *maleficiis*[8]), aut alio modo parentes vitae liberorum insidiatos esse probentur).

3) Wenn der Vater mit der Schwiegertochter oder des Sohns Concubine Unzucht treibt. Wegen der Concubine des Sohns fällt heut zu Tage die Enterbung des Vaters weg, da beyde in pari reatu sind[9]).

4) Wenn die Eltern den Kindern wehren, ein Testament zu machen. Hier findet alles das statt, was oben bey der Enterbung der Kinder bemerkt worden ist.

6) *Luc. van de* POLL de exheredat. cap. LX. §. 4. et 5.

7) *L. 14. Cod. de his, qui accus. poss.*

8) Im griechischen Text heißt es γοητείαις, darunter werden incantamenta magica, oder, wie es Julian übersetzt, susurri magici verstanden. Bey Homberg steht *veneficiis*, in der Vulgata: *maleficiis*. Diese letztere Uebersetzung ist dem griechischen Text gemäßer, wie aus *L. 5. 6. et 7. Cod. de maleficis et mathemat.* erhellet. Auch TACITUS *Annal. II. 69.* gedenkt der *maleficiorum*, quibus creduntur animae numinibus infernis sacrari; und *L. 7. Cod. Theod.* wird crimen *veneficii* ac *maleficiorum* unterschieden, und unter dem letztern schädliche Zauberey verstanden. Was h. z. T. von Tödtung durch Zauberey zu halten sey, ist aus THOMASII Diss. de crimine magiae. *Halae 1701.* und von Eckartshausen entdeckten Geheimnissen der Zauberey (München 1790.) bekannt.

9) *Luc. van de* POLL cap. 60. §. 20.

5) Wenn der Vater der Mutter des testirenden Kindes, oder umgekehrt die Mutter dem Vater Gift giebt, so daß entweder das Leben oder der Verstand dadurch verlohren geht; oder wenn sonst ein Ascendent, welcher des testirenden Kindes Erbe gewesen seyn würde, seinem Gatten, von welchem das Kind abstammt, nach dem Leben gestanden. Es ist also hier blos von leiblichen Ascendenten die Rede.

6) Wenn sich die Eltern der in Wahnsinn verfallenen Kinder nicht annehmen, und diese wieder zu Verstande kommen. Hier findet eben dasselbe statt, was oben von wahnsinnigen Eltern gesagt worden ist, deren sich die Kinder in diesem traurigen Zustande nicht annehmen. Kommen die Kinder wieder zu Verstande, sie enterben aber ihre Eltern nicht, da sie doch testiren konnten, so sind diese nicht ipso iure für enterbt anzusehen, sondern es ist vielmehr anzunehmen, daß die Kinder den Eltern das Unrecht verziehen haben. Nur dann sind die Eltern der Erbschaft auch ab intestato unwürdig, wenn die Kinder in dem Zustande des Wahnsinns dahin sterben, in welchem sich die Eltern ihrer nicht annahmen.

7) Wenn die Eltern unterlassen haben, ihre in Sklaverey gerathenen Kinder loszukaufen. Sterben letztere in diesem Zustande, ohne Gelegenheit gehabt zu haben, ein Testament zu machen, so fällt ihr Nachlaß an die Kirche ihres Geburtsorts, und dieß findet auch denn statt, wenn das in der Gefangenschaft gestorbene Kind schon vorher ein Testament gemacht, und darin die Eltern zu Erben eingesetzt hat, wenn es nämlich keine Gelegenheit hatte, das Testament zu ändern. Hier entkräftet das Gesetz die Erbeinsetzung, die übrigen im Testament enthaltenen Verordnungen

nungen des verstorbenen Kindes hingegen bleiben gültig. Kurz es ist hier, wie wenn Eltern in eine solche Gefangenschaft gerathen sind, wodurch sie Sklaven wurden [10]). Endlich

8) wenn die Eltern zu einer ketzerischen Religionssecte übertreten. Hier ist eben das zu wiederholen, was oben bey der Enterbung der Kinder bemerkt worden ist.

Daß diese Enterbungsursachen, die wir bisher bey Eltern und Kindern bemerkt haben, auch in Ansehung der Präterition vorgeschrieben sind, leidet keinen Zweifel. Denn Justinian sagt es selbst am Schluß des 4. Kap. der 115. Novelle: Atque hae quidem exhaeredationis vel *praeteritionis* poenae, quantum ad causas ingratitudinis, in dictas personas statutae sint. Allein desto streitiger ist die Frage, ob bey diesen gesetzlich bestimmten Ursachen der Ausschließung eine ausdehnende Erklärung Statt finde? Alles kommt hier auf folgende Stelle des 3. Kap. der 115. Novelle an: Sed quia causae, ex quibus liberi ingrati iudicari debent, per diversas leges dispersas, nec clare expressas invenimus, (quarum quaedam ad ingratitudinem ne sufficere quidem visae, aliae vero, licet sufficerent, praetermissae sunt) propterea necessarium esse nobis visum est, praesenti lege illas *nominatim* comprehendere, *ut praeter eas nemini liceat, ex alia lege ingratitudinis causam opponere, nisi illas, quae serie praesentis constitutionis continentur.* So nach Hombergks Uebersetzung. Diese Stelle wird nun von den

10) Man vergleiche also *Nov. 115. cap. 3. §. 13.*

Rechtsgelehrten auf verschiedene Art erklärt. Einige [11]) verstehen sie so, daß hierdurch der Gesetzgeber alle ausdehnende Erklärung des Gesetzes schlechterdings untersagt habe. Der Richter müsse sich also bloß an die Worte halten, und dürfe nicht mehr Ursachen der Ausschließung annehmen, als die Worte des Gesetzes ausdrücken. Andere [12]) hinge-

11) *Viglius* ZUICHEMUS in Commentar. in decem Titulos Institution. (*Basileae 1534.* fol.) ad §. ult. I. de exheredat. liberor. pag. 120. *Franc.* CONNANUS in Commentar. iuris civ. (*Lutet. 1553.* fol.) Tom. II. Lib. IX. cap. 10. pag. 716. *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. legg. Cod. Iust. ad Avth. *Non licet* Cod. de liberis praeterit. pag. 70. seqq. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pand. h. t. §. *In posteriore mihi persuadeo.* Tom. II. *Operum* pag. 160. BRONCHORST Ἐναντιοφαν. Centur. III. Assert. 26. *Henr.* ZOESIUS in Commentar. ad Institut. Tit. de exheredat. liberor. nr. 10. *Luc. van de* VOLL cap. 86. *Iac.* RAVE s. *Christ. Frid.* GEUSSENHAINER Commentat. de interpretatione cap. III. Nov. CXV. *Ienae 1765.* §. 10. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. Band. Medit. 54. und Boock syst. Entwickelung der Lehre von der Enterbung §. 20. S. 61.

12) FACHINAEUS Controv. iuris Lib. VI. cap. 78. HUBER Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 13. nr. 10. VINNIUS Commentar. ad princ. I. de inoff. testam. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 24. FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Dig. de lib. et postum. P. IV. cap. 3. §. 11. seqq. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. V. cap. 5. §. *Accedit.* Tom. II. pag. 14. seq. (edit. *Heineccianae. Francof. et Lipsiae 1739.*) *Alex.* POLITUS de patria in testamentis condendis potestate. Lib. I. cap. II. §. 5. seqq. (Tom. I. *Thes. Meermann.* pag. 246.) WESTENBERG in Dig. h. t. §. 39. *Dan.* NETTELBLADT Diss. de decisione casuum secundum analogiam. *Halae 1751.* Cap. I. §. 5. in Schol. WALCH Introduct. in controv.

iuris

hingegen meinen, eine buchstäbliche Erklärung des Gesetzes werde uns auf wahre Ungereimtheiten führen. Handlungen, welche von ganz gleicher oder noch schlimmerer Art sind, müßten daher nothwendig mit unter dem Gesetz begriffen seyn, und derentwegen eine Enterbung allerdings geschehen können. Justinian habe auch eine solche Ausdehnung keinesweges verboten, sondern seine Absicht gehe nur dahin, zu verbieten, daß keine Enterbungsursachen, die geringer wären, aus den ältern Gesetzen hergenommen werden möchten, und die wichtigeren, welche in den vorhergehenden Gesetzen nicht wären erwähnt worden, durch sein Gesetz zu bestimmen. Dieß sey der wahre Sinn jener Stelle, worauf sich die Vertheidiger der ersten Meinung stützen. Justinian sage also nicht, daß nur die Fälle angenommen werden sollen, welche in seinem Gesetz ausdrücklich enhalten sind, sondern er sage nur: *quae in huius constitutionis serie continentur*, folglich wären diejenigen Fälle nicht ausgeschlossen, welche durch eine richtige Interpretation aus dem Geist des Gesetzes hergeleitet werden können. Man rechnet daher

I. zu den Ursachen, aus welchen Kinder enterbt werden können, noch folgende Fälle:

 1) wenn

iuris civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 19. pag. 212. Westphal Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 558. Schmalz Handbuch des Röm. Privatrechts §. 425. Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 400. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1696. in fin. MALBLANC Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. Tit. de liberis et postum. §. 700. und JAMBSJAEGER in Diss. de testamento inoffic. Part. III. §. 13.

1) wenn der Sohn mit seiner leiblichen Mutter Blutschande treibt, denn das ist ja noch ärger, als wenn er bloß die Stiefmutter beschläft.

2) Wenn er sich mit der Braut seines Vaters vergeht.

3) Wenn die Kinder selbst die Eltern haben Schulden halber ins Gefängniß setzen lassen. Denn das ist ja noch schlimmer, als wenn die Söhne es bloß unterlassen haben, die Eltern auf ihr Begehren durch Bürgschaft aus dem Gefängniß zu befreyen.

4) Wenn der Sohn zwar selbst den Vater nicht anklagt, aber den Ankläger desselben mit Beweisen unterstüzt; oder wenn die Kinder in einer Criminalsache von freyen Stücken ein Zeugniß wider die Eltern ablegen.

5) Wenn Kinder zwar nicht selbst Thätlichkeit gegen die Eltern verübt, aber doch nicht gehindert haben, daß ein Dritter dieselben mit Schlägen mißhandelte, da sie den Eltern hätten helfen können.

6) Wenn sich der Sohn unter eine Diebes- und Räuberbande begiebt. Ja man will alle Banden grober Missethäter unter den maleficis verstehen [13]).

7) Wenn der Sohn seine leibliche Schwester beschläft. Denn das sey eine graviſſima iniuria gegen den Vater [14]), welche die Enterbung verdiene [15]).

8) Wenn

13) S. Westphal in der angef. Theorie §. 563. S. 424.

14) *§. 1. I. de iniur.*

15) FINESTRES Praelect. cit. loc. §. 15. pag. 123. seq.

8) Wenn die Tochter mit dem Stiefvater Unzucht treibt. Denn dieß sey dem im Gesetz genannten Falle gleich, wenn der Sohn seine Stiefmutter beschläft [16]).

9) Wenn ein Kind die Eltern hat zwingen wollen, zu seinem Vortheil ein Testament zu machen [17]). Dieß sey dem Fall der Hinderung am Testiren gleich zu halten, wovon das Gesetz redet.

10) Wenn die Kinder eine von einem Dritten versuchte Nachstellung nach dem Leben ihres Vaters oder Mutter nicht verhindert haben, da sie doch selbige verhindern konnten [18]).

11) Wenn die Kinder sich ihrer kranken Eltern, denen es an der nöthigen Pflege fehlte, nicht annahmen, sondern sie verließen, so daß sie hätten umkommen müssen, wenn sich nicht Fremde aus Mitleid ihrer angenommen hätten [19]).

II. Zu den Ursachen, aus welchen Eltern enterbt werden können, will man noch folgende rechnen.

1) Wenn der Vater oder die Mutter dem Ehegatten des testirenden Kindes nach dem Leben gestanden hat. Denn dieß

16) Höpfner a. a. O. Westphal a. a. O. und Griesinger im Commentar über das Wirtemb. Landrecht. 6. Band. S. 436. Allein man sehe dagegen *God. Lud.* MADIHN Princip. iur. Rom. de Succeff. §. 139. nr. 1.

17) FINESTRES cit. loc. §. 13. in fin.

18) *L. 2. et 6. D. ad Leg. Pompeiam de parricid.* Griesinger a. a. O. S. 436.

19) Westphal §. 565. am Ende. S. 427. Er beruft sich auf *L. 3. D. de bis, quae ut indign.*

dieß lehre die Analogie der zweyten und fünften Enterbungsursach, weil ein Ehegatte sich für seinen Ehegatten eben so sehr, wo nicht mehr, als für seine leiblichen Eltern zu interessiren habe [20]).

2) Wenn die Mutter mit ihrem Schwiegersohn Unzucht begangen. Hier kann sie, sagen die Vertheidiger der extensiven Auslegung, von ihrer an diesen verheyratheten Tochter aus eben dem Grunde enterbt werden, aus welchem der Vater enterbt werden kann, wenn er mit seines Sohns Ehefrau sich auf diese Art vergangen hat [21]).

Niemand wird gewiß läugnen, daß die hier angeführten Fälle einen eben so grossen Beweis von Undankbarkeit liefern, und für den Testirer eine eben so empfindliche Beleidigung enthalten, als diejenigen, welche der Gesetzgeber ausdrücklich genannt hat. Allein ob dem Richter deswegen die Befugniß zustehe, das Gesetz auszudehnen, ist eine Frage, die zu Folge der oben angezebenen Worte des Gesetzgebers eher zu verneinen, als zu bejahen seyn dürfte. Justinian sagt ganz deutlich, daß er für nöthig gefunden habe, die Ursachen der Ausschließung der Notherben in seinem Gesetz namentlich zusammen zu fassen und festzusetzen, weil sie in verschiedenen Gesetzen zerstreut und auch nicht deutlich genug bestimmt wären, manche derselben auch nicht wichtig genug, manche wichtige hingegen gänzlich wären übergangen wor-

20) S. Griesinger a. a. O. S. 452. folg.

21) Höpfner a. a. O. Griesinger a. a. O. Allein man sehe MADIHN Princip. iuris Rom. de Succeſſ. §. 139. nr. 1. wo socero statt *genero* auch in der neuern Ausgabe stehen geblieben ist.

worden. Offenbar hat also der Kaiser nicht blos auf diejenigen Ursachen Rücksicht genommen, welche schon in den ältern Gesetzen bestimmt waren, sondern auch auf die darin nicht enthaltenen wichtigeren. Alle hat er sie hier zusammengestellt, und will schlechterdings nicht, daß außer diesen Ursachen, welche hier in seinem Gesetz der Reihe nach angeführt worden sind, noch andere Statt haben sollen. Konnte Justinian wohl deutlicher die Ausdehnung derselben auf andere ähnliche Fälle, und wenn sie auch gleich noch wichtiger seyn sollten, untersagen? Gewiß sah der Kaiser eben so gut ein, daß sich vielleicht noch Fälle genug angeben lassen, worauf hätte Rücksicht genommen werden sollen. Allein hätte er erlauben wollen, das Gesetz auf diese auszudehnen, so wären ja gerade jene ausschweifende Willkührlichkeiten wieder zu befürchten, welche er durch seine Gesetzgebung verhindern wollte. Grund genug, warum er gleichsam nothgedrungen alle Ausdehnung untersagen mußte. Man sage nun nicht weiter, daß eine stricte Interpretation des Gesetzes zu Ungereimtheiten und Inconsequenzen Anlaß geben würde. Davon würde man allenfalls nur dann sprechen können, wenn der Gesetzgeber ein solches Verbot mit der Erklärung begleitet hätte, daß auch er seine Vorschrift auf die etwa übergangenen gleichen oder stärkern Fälle nie ausdehnen wolle, wie Herr Prof. Thibaut [22]) sehr gründlich bemerkt hat. Nun bleibt ja also dem vernünftigen Richter stets unbenommen, den Weg einer authendischen Inter-

22) Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts §. 13. Nr. 5. S. 72. Man vergleiche auch Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. Band. 15. Abhandl. S. 325. folgg.

Interpretation einzuschlagen, und durch Einholung derselben seine Meinung durchzusetzen. Man nehme hingegen zum Grundsatz an, daß wegen gleicher oder noch richtigerer Ursachen auch hier eine Ausdehnung zulässig sey, so wird dann freylich auch der unvernünftige Richter und seichte Kopf seine gleichen, ähnlichen und stärkern Gründe auffinden. Nun sage man, wie jetzt der Zweck des Gesetzgebers erreicht werden soll, welcher, wie er selbst *Nov.* 115. *cap.* 5. sagt, dahin geht: ut tam parentes, quam liberi *a testamentorum iniuria* liberarentur. Also nur das, was nach den Worten und dem juristischen Sprachgebrauch unter die Novelle subsumirt werden kann, gehört unter dieselbe, und ist als gesetzmäßige Enterbungsursache anzusehen, keine andere, wenn sie auch ähnlich oder noch stärker wäre, wie Heinrich von Cocceji [23]), Samuel von Cocceji [24]), Madihn [25]), Emminghaus [26]) und Thibaut [27]) ganz richtig lehren. So kann daher der Sohn zwar enterbt werden, welcher seinen Vater durch einen Dritten mißhandeln, oder durch einen Dritten peinlich anklagen ließ, und den Ankläger mit Beweisen unterstützte, oder dem Vater durch einen Dritten nach dem Leben trachtete, weil nach dem juristischen Sprachgebrauche die Handlung des Dritten in den bemerkten Fällen als Handlung des Sohns zu betrachten ist, und also diese

23) Diss. Quae sit genuina resolutio controversiae circa causas exheredationis liberorum? *Francof. ad Viadr.* 1717. Cap. 2.

24) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 13.

25) Princip. iur. Rom. de Succession. §. 139. nr. 3. pag. 168.

26) ad *Coccejum* cit. loc. not. r. Tom. I. pag. 451.

27) Theorie der logischen Auslegung des R. R. §. 13. S. 73.

diese Fälle wirklich unter den Worten der Novelle begriffen sind; allein keinesweges können unter den *maleficis* alle Banden grober Missethäter verstanden, und der Sohn darum sofort enterbt werden, daß er sich unter sie begeben hat. Eben so wenig läßt sich behaupten, daß unter der Vernachläßigung eines furiosi parentis auch der Fall begriffen sey, wenn Kinder kranke, jedoch nicht wahnsinnige Eltern, hülflos lassen; denn man darf es doch wohl dem Gesetzgeber zutrauen, daß er den furor von einer andern Krankheit zu unterscheiden gewußt, und dieses Wort nicht so oft wiederholt haben würde, wenn es seine Meinung gewesen wäre, darunter jede andere Krankheit, in welcher die Eltern anderer Hülfe bedürfen, zu begreifen.

Soviel nun hiernächst

B. die Enterbung aus guter Absicht anbetrift, so findet dieselbe

1) nach den Gesetzen der Pandecten vorzüglich in zwey Fällen Statt,

a) wenn die Kinder blödsinnig oder verschwenderisch sind. Solche Kinder können die Eltern aus guter Meinung enterben, wenn sie nur ihre Enkel zu Erben einsetzen, und jenen die nöthigen Alimente vermachen [28]). Es ist nicht nöthig, daß der enterbte Sohn gerichtlich für einen Verschwender erklärt sey, genug wenn ihn der Erblasser dafür gehalten [29]). Hätte der Vater Grund zu befürchten, daß

28) *L. 12. §. 2. D. de bonis libertor. L. 16. §. 2. D. de curator. furiosi.*

29) *L. 16. §. 2. D. de curat. fur.* S. *Nic.* CATHARINI Observation. et Coniecturar. Lib. III. cap. 36. (in MEERMANNI *novo Thes.*

daß der enterbte verschwenderische Sohn seine eigene Kinder dereinst um die Erbgüter bringen möchte, so ist er sogar befugt, auch diese seine Enkel unter der Bedingung zu instituiren, wenn sie der Vater emancipiren würde, oder auf den entgegengesetzten Fall provido consilio zu enterben [30]).

b) Wenn die Kinder noch unmündig sind, und der Vater besorgt, daß das ihnen hinterlassene Vermögen in unsichere Hände kommen möchte, so kann er solche Kinder bona mente enterben, wenn er nur dem eingesetzten Erben auflegt, die Kinder während ihrer Unmündigkeit zu verpflegen, und ihnen sodann nach erreichter Mündigkeit die Erbschaft als ein Fideicommiß wieder abzutreten [31]).

Ob die Enterbung aus guter Absicht blos auf diese beyden Fälle einzuschränken sey, ist eine Frage, worüber sehr gestritten wird. Einige [32]) bejahen sie, von andern aber wird sie richtiger verneint [33]). Denn die in den angeführten Gesetzstellen überall vorkommenden Partikeln: *utputa*, und *utputa pone* beweisen hinlänglich, daß die oben bemerk-

ten

Thes. iur. civ. et canon. Tom. VI. pag. 788.) und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. II. Tit. de curator. furioso dand. Nr. III. pag. 166.

30) *L. 16. §. 2. D. cit.*

31) *L. 18. D. de lib. et postum. L. 12. §. 2. D. de bonis libert. L. 25. C. de inoff. test.*

32) WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 312.

33) *Frid. Gottl.* ZOLLER Diss. de exheredatione bona mente facta. *Lipsiae 1769.* §. 3. *Io.* SCHULTE Diss. de exheredatione bona mente. *Goettingae 1774.* Sect. II. §. 14. Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 916.

ten Fälle blos Beispielsweise angeführt worden sind. Es kann daher eine gutgemeinte Enterbung in jedem andern Falle Statt finden, da eine Gefahr vorhanden ist, daß der Notherbe, wenn man ihn die Erbschaft hinterlassen wollte, entweder durch sein eigenes Betragen, oder durch das Verfahren anderer gegen ihn darum kommen würde. Diese Meinung nimmt auch die Praxis an[34]). So kann daher heut zu Tage ein Vater auch seinen verschuldeten Sohn enterben, und ihn blos den standesmäßigen Unterhalt aussetzen, wenn jener voraussieht, daß wegen des bevorstehenden Concurses dem Sohn die Erbschaft selbst nichts helfen, sondern dieselbe von den Gläubigern werde in Beschlag genommen werden[35]).

Allein sollte denn eine solche Enterbung auch dem Justinianeischen Recht gemäß seyn? Sollte sie wirklich noch statt finden können, nachdem Justinian die Enterbungsursachen bey den Kindern und Eltern festgesetzt hat? Verschiedene neuere Rechtsgelehrte wollen daran zweifeln[36]), und

34) CARPZOV Iurisprud. for. P. III. Const. 9. Definit. II. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 192. §. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1702.

35) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 22. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCLVIII. med. 2. besonders FROMMANN in Diss. de exheredatione b. m. facta Th. 6. und STRYK Us. mod. Pand. Tit. de lib. et postum. §. 9.

36) HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 652. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. de Succession. §. 149. und *Frid. Andr.* MUHL Diss. Exheredationem bona mente factam iure noviori Romano non amplius admittendam esse. *Francof. ad Viadr. 1800.*

und diese Meinung hat nicht unerhebliche Gründe für sich. Vor Justinian ließ sich eine solche Enterbung wohl vertheidigen, weil die Beurtheilung der Statthaftigkeit einer Enterbung in Hinsicht ihrer Gründe dem Ermessen des Richters überlassen war. Man konnte also wohl eine Enterbung gelten lassen, bey welcher der Testirer eben nicht Bestrafung des Enterbten, sondern den wahren Vortheil desselben beabsichtiget hatte. Denn wer konnte eine Enterbung der Art als lieblos und unbillig verwerfen? Allein Justinian wollte alle richterliche Willkühr beschränken, indem er in der Novelle 115. Kap. 3. und 4. gewisse Enterbungsursachen festsetzte, und alle Ausdehnung derselben verbot. Hierzu kommt, daß der Pflichttheil nach den neuern Verordnungen des Kaisers Justinian auf keine Weise beschwert werden soll; es kann daher auch der bloße beabsichtigte Vortheil die Eltern nicht berechtigen, ihre Kinder zu enterben, weil jede Enterbung etwas gehäßiges ist, und der beabsichtigte Vortheil der Kinder eine exceptio de iure tertii zum Grunde hat, der höchstens ein Motiv für letztere werden kann, sie nicht anzufechten, die Eltern aber nie ihrer unbedingten Verbindlichkeit, den Kindern den gebührenden Pflichttheil zu hinterlassen, entledigen kann.

Allein die meisten Rechtsgelehrten [37]) behaupten dennoch, und, wie ich glaube, mit mehrerem Grund, daß die Aus-

37) STRYK Us. mod. Pand. Lib. XXVIII. Tit. 2. §. 11. HUBER Praelect. ad Institut. Tit. de inoff. testam. §. 13. FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Pand. de lib. et postum. P. IV. cap. 3. §. 15. *Osius* AURELIUS Dispunct. 11. adversus *Merillium*. REINHARTH Diss. de eo quod iustum est circa exheredationem bona mente. §. 32. et 33. SCHULTE Diss. cit. Sect. II. §. 17.

WESTEN-

Ausschließung eines Notherben in guter Absicht auch noch jetzt auf eine gültige Art geschehen könne, ohne daß ein solches Testament für pflichtwidrig zu halten sey. Denn die Novelle 115. enthält kein Wort davon, daß eine Enterbung dieser Art aufgehoben seyn solle. Der ganze Inhalt der Novelle zeigt vielmehr, daß Justinian an diese Enterbungsart auch nicht entfernt dachte. Denn sie bestimmt blos die Ursachen, aus welchen es erlaubt seyn soll, Kinder oder Eltern wegen ihrer Undankbarkeit und Pflichtvergessenheit mit der Enterbung zu bestrafen, und erkennt nur solche grobe Vergehungen als rechtmäßige Ursachen zur Enterbung an, welche den Testirer zur gerechten Rache auffordern, und mit Recht die Strafe der Enterbung verdienen. Wenn daher Justinian sagt, daß die Enterbung nur aus den von ihm in der Nov. 115. bestimmten Ursachen, und sonst aus keinen andern geschehen solle, so ist dieß auf die exheredatio bona mente facta um so weniger anzuwenden, da diese Enterbung nicht zur Bestrafung des Enterbten, sondern zu desselben eigenem Besten geschieht. Eben so wenig können die neuern Verordnungen des Kaisers Justinian, nach welchen der Pflichttheil auf keine Weise beschwert werden soll, auf diese Enterbungsart angewendet werden; denn wie hätte sonst die *L.* 25. *C. h. t.* neben der *L.* 32. *Cod. eodem* einen Platz behaupten können, wenn sich Notherben auch nicht einmal in dem Falle eine Beschwerde gefallen lassen dürften, da ihr Vortheil dabey von dem Erblasser beab-

WESTENBERG Dig. h. t. §. 42. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1702. not. c. Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 916. und Desselben Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts. S. 95.

sichtiget worden ist, wie besonders Barry [38]) sehr gründlich gezeigt hat. Für diese Meinung streitet auch der heutige Gerichtsgebrauch, wie die häufigen Beyspiele beweisen, welche wir von dieser Enterbungsart in den Schriften der bewährtesten practischen Rechtsgelehrten [39]) finden, welche die heutige Gültigkeit derselben außer Zweifel setzen.

2) In Ansehung der Personen, welche aus guter Meinung enterbt werden können, ist es

a) außer Zweifel, daß sich die Eltern dieser Enterbungsart bey Kindern bedienen können, und zwar ist hier kein Unterschied, die Kinder mögen noch in väterlicher Gewalt seyn, oder nicht [40]). Es steht auch dieses Recht nicht nur dem Vater, sondern auch der Mutter [41]) zu. Da jedoch diese Enterbungsart nirgends auf Kinder schlechterdings beschränkt ist, indem vielmehr die Gesetze, wenn sie der Kinder erwähnen, blos Beyspielsweise und von dem gewöhnlichen Falle reden, so kann sie ohne Zweifel auch

b) bey

38) de Successionib. Lib. XVI. nr. 7. Man sehe auch LINCK Diss. de exheredatione b. m. facta. §. 23. Es ist daher unrichtig, wenn Westphal in der Theorie des R. R. von Testamenten §. 414. am Ende S. 308. behauptet, daß die *L.* 25. *cit.* durch die *L.* 32. *C. h. t.* aufgehoben sey.

39) BOEHMER Consultat. et Decis. Tom. II. P. I. Resp. 672. et P. II. Decis. 853. LEYSER Specim. CCCLVIII. med. 4. seqq. SANDE Decision. aureae Lib. IV. Tit. 2. Def. 3. REINHARTH select. Observation. ad *Christinaei* Decisiones. Vol. I. Obs. 67. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 192. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 4. Th. 14. not. 3.

40) *L.* 16. §. 2. *D. de curat. fur.*

41) *L.* 3. §. 3. *D. de Usur.* *L.* 25. *C. h. t.*

b) bey den Eltern statt finden, da bey diesen, wenn sie blödsinnig, oder verschwenderisch, oder verschuldet sind, ein gleicher Grund eintritt, aus welchem es auch den Kindern erlaubt seyn muß, ihre Eltern bona mente zu enterben. Es kann ja der Sohn zum Curator seiner Eltern bestellt werden[42]), warum sollte er also nicht auch durch eine gutgemeinte Enterbung für ihr Bestes zu sorgen befugt seyn?[43]) Streitiger aber ist es,

c) ob auch Geschwister, denen man eine persona turpis vorgezogen hat, bona mente enterbt werden können? Die meisten Rechtsgelehrten[44]) stimmen zwar für die bejahende Meinung. Allein den Geschwistern auf der einen Seite eine schändliche Person vorzuziehen, und dann, dieser Beschimpfung ungeachtet, doch wieder auf der andern Seite durch eine gutgemeinte Enterbung für ihr Bestes besorgt zu seyn, contrastirt mir doch etwas zu stark, als daß ich dieser

42) *L. 12. §. 1. D. de tutor. et curat. dat. L. 1. 2. et 4. D. de curator. furios. Christph. Lud.* CRELL Observation. de filio patris aut matris curatore. *Vitembergae 1754.*

43) REINHARTH cit. Diss. §. 29. LINCK cit. Diss. §. 9. AYRER Diss. de iure parentum legitimam liberorum b. m. gravandi §. 20. SCHULTE cit. Diss. Sect. II. §. 15. und JAMBSJAEGER cit. Diss. de testamento in specie inofficioso. P. III. §. 4.

44) LINCK cit. Diss. §. 9. ZOLLER cit. Diss. §. 2. p. 9. SCHULTE cit. Diss. §. 15. pag. 33. seqq. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1702. Letzterer sagt nr. I. *Exheredatio* sic dicta *bona mente facta*, quae si vel a *fratribus* adeo, *turpi instituta persona*, in quam tamen *omnem fiduciam suam* collocat testator! proveniat, querela inofficiosi impugnari nequit.

Meinung beypflichten könnte[45]). Der Grund, daß ein Bruder zum Curator blödsinniger oder verschwenderischer Geschwister bestellt werden könne[46]), kann hier nichts entscheiden, wo dem enterbten Bruder eine persona turpis nicht allein in der Erbfolge vorgezogen, sondern auch gewissermaßen zu seinem Curator erhoben werden würde.

Nach Justinians Vorschrift müssen nun die in Ansehung der Descendenten und Ascendenten gebilligten Gründe der Ausschließung namentlich im Testament angeführt werden, wenn das Testament nicht angefochten werden soll[47]). Eben dieß ist auch erforderlich, wenn die Ausschließung in guter Absicht geschieht. Mehrere Rechtsgelehrte[48]) wollen dieses zwar nicht für nöthig halten, wenn nur der Erbe beweisen könne, daß die Enterbung wirklich zum Besten

45) Mit mir stimmt auch Book in der syst. Entwickelung der Lehre von der Enterbung §. 11. S. 31. überein.

46) *L. 4. D. de legitim. tut. L. 5. C. de curator. fur.*

47) *Nov. CXV. cap. 3. pr.* Sancimus, ne ullo modo patri aut matri, etc. filium suum aut filiam, aut reliquos liberos in testamento suo praeterire, aut exheredare liceat, nisi forte ingrati probentur, et *parentes ipsas ingratitudinis causas nominatim in testamento suo scripserint.* — *Cap. 4. pr.* Sancimus, ne liberis parentes suos praeterire vel eos quocunque modo a rebus suis, in quibus potestatem testandi habent, plane excludere liceat, *nisi causas*, quas enumerabimus, *in testamentis suis specialiter scripserint.*

48) STRYK Us. mod. Pand. Lib. XXVIII. Tit. 2. §. 10. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exerc. XXXII. Th. 35. not. β. nr. VIII. FROMMANN Diss. cit. §. 5. LINCK cit. Diss. §. 12. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1702. not. i. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 598.

sten des Enterbten gereiche. Allein den Gesetzen ist diese Meinung nicht gemäß. Diese erfordern auch bey der Enterbung in guter Absicht ausdrücklich die Anführung einer Ursache[49]; und dieß ist um so nothwendiger, weil sonst von keiner Enterbung im Zweifel vermuthet werden kann, daß sie in guter Absicht geschehen ist, wenn diese Absicht im Testament nicht deutlich zu erkennen gegeben worden ist[50]; daher der ganze Rechtsbestand derselben auf der beygefügten Ursache beruhet[51]. Diese Meinung hat auch die Auctorität der Praxis für sich[52].

Der Erbe muß ferner die Wahrheit der angeführten Ursach, insofern dieselbe bestritten wird, zu erweisen im Stande seyn. Dieß ist wenigstens, wenn von der Enterbung wegen der Undankbarkeit oder Pflichtvergessenheit die Rede ist, in der Novelle 115. Kap. 3. und 4. deut-

49) *L. 3. §. 2. D. de Usuris. L. 16. §. 2. D. de curator. furios.* wo es heißt: addita causa, necessitateque iudicii sui.

50) MANTICA Conjectur. ultimar. voluntat. Lib. IV. Tit. 13. nr. 17. MENOCHIUS de praesumtionib. Lib. IV. praes. 28.

51) REINHARTH cit. Diss. §. 24. b. AYRER Diss. de iure parentum legitimam liberor. b. m. gravandi §. 18. SCHULTE Diss. cit. Sect. II. §. 13. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. IV. membr. II. §. 21. p. 214. HUBER Praelect. ad Institut. Tit. de inoff. testam. §. 13. JAMBSJAEGER Diss. cit. P. III. §. 3. Book a. a. O. §. 21. S. 65. und Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 916.

52) PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 192. §. 4. *Frid.* BEHMER nov. ius controv. Tom. II. Obs. 62. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Consil. 40. nr. 7. p. 469. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. Band Resp. 31. nr. 9.

lich verordnet. In dem 3. Kap. heißt es nämlich am Ende: Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam parentes in suo testamento inseruerint, et *scripti heredes nominatam vel nominatas causas, vel unam ex his veram esse monstraverint*, testamentum vim suam habere iubemus. Eben dieses wird im 4. Kap. am Ende bey der Enterbung der Eltern fast in den nämlichen Ausdrücken wiederholt. Ob dieß aber auch auf die Enterbung in guter Absicht anzuwenden sey, ist zweifelhaft. Johann Schulte[53]) läugnet es schlechterdings. Soviel ist gewiß, daß Justinian in der Novelle 115. an diese Enterbungsart auch nicht entfernt dachte, wie bereits oben bemerkt worden ist. Die Frage, wem bey dieser Enterbungsart der Beweis obliege, muß also eigentlich aus dem ältern Recht entschieden werden. Schulte behauptet nun, daß nach diesem Rechte der bona mente Enterbte den Beweis übernehmen müsse, wenn er das Testament anfechten wolle, und zwar erstens darum, weil der Beweis der unbilligen Enterbung vor Justinian jederzeit dem Kläger obgelegen; dabey müsse es nun aber zweytens in unserm Falle um so mehr bleiben, weil bey der Enterbung aus guter Absicht immer die Rechtsvermuthung gegen den Enterbten streite, welche die Beweislast auf ihn wälzt. Dieß erhelle drittens noch deutlicher daraus, weil der Erbe sich hier verneinend auf die Klage einläßt, der Enterbte müsse also die Unwahrheit der Ursache schon darum beweisen, weil sie den Grund seiner Klage ausmacht. Allein mir scheint diese Meinung auf lauter unrichtigen Voraussetzungen zu beruhen, deswegen trage ich

53) Diss. de exheredatione b. m. Sect. II. §. 18. pag. 42. seq.

ich Bedenken, ihr beyzupflichten. Es ist erstens ganz unrichtig, daß vor Justinian dem Enterbten der Beweis ohne Unterschied obgelegen, wenn er das Testament als liebelos anfocht. Dieser lag ihm nur dann ob, wenn die Enterbung schlechthin geschehen, oder wenigstens der Undankbarkeit nur im Allgemeinen gedacht war. Hier mußte der Kläger erweisen, *immerentem se, et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum*, wie Marcellus[54]) sagt. War hingegen eine Ursache im Testament angeführt, so mußte schon vor Justinian die Wahrheit derselben von dem eingesetzten Erben erwiesen werden, wenn der Kläger abgewiesen werden sollte[55]). Letzteres mußte nun allemal bey der Enterbung aus guter Meinung geschehen, wie Schulte[56]) selbst nicht läugnet, und oben auch von mir näher bewiesen worden ist. Wie konnte also nach den Grundsätzen des ältern Rechts dem Kläger bey dieser Enterbungsart der Beweis aufgebürdet werden? Da also hierin nach der Nov. 115. zwischen beyden Arten der Ausschließung kein Unterschied mehr ist, sondern bey beyden nach Vorschrift der Gesetze immer eine gesetzmäßige Ursach im Testament namentlich angeführt werden muß, so muß auch in Ansehung des Beweises bey beyden das nämliche gelten. Hiernächst läßt sich auch zweytens nicht schlechterdings behaupten, daß bey der Enterbung in guter Absicht die Rechtsvermuthung gegen den Kläger streite. Prodigalität, die nicht gerichtlich

54) *L. 3. et 5. D. h. t.*

55) *L. 22. et. L. 28. in fin. Cod. h. t.* S. *Car. Christph.* HOFACKER Diss. sist. historiam iuris civ. de exhaeredatione et praeteritione. §. 13. pag. 19.

56) Diss. cit. Sect. II. §. 13. pag. 29.

erklärt worden, kann im Zweifel eben so wenig vermuthet werden, als ein verschuldeter Vermögenszustand des b. m. Enterbten, der nicht gerichtskundig ist, und wird durch das bloße Zeugniß des Testirers eben so wenig erwiesen, als eine Undankbarkeit des mala mente Enterbten [57]). Muß nun letztere von dem eingesetzten Erben bewiesen werden, weil für den Kläger die Vermuthung streitet [58]); so muß das nämliche auch bey der Enterbung bona mente Rechtens seyn.

Jede Ausschließung eines Notherben erfordert ferner, wenn sie gültig seyn soll, daß statt des Enterbten ein anderer Erbe auf eine rechtsbeständige Art müsse instituirt worden seyn, durch welchen das Testament, und mit demselben die darin geschehene Enterbung aufrecht erhalten werden kann [59]). Hätte daher der Erblasser, ohne einen Erben zu ernennen, bloß in einem Codicill gesagt: Es mag nach meinem Tode mein Erbe seyn, wer da will, mein Sohn soll auf jeden Fall enterbt seyn, so ist diese Enterbung ungültig [60]). Das nämliche gilt in dem Falle,

57) Man sehe vorzüglich VOET Commentar. ad Pand. Tom. II. Lib. XXVII. Tit. 10. §. 10.

58) *Ge. Mich. de* MEZGER Diss. de onere probandi, et causis, quae litigantem ab eo immunem reddunt. *Altorfii 1800.* §. 22.

59) *Ios.* FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Dig. de liberis et postum. P. IV. cap. 2. §. 2. et 3. pag. 99. seq.

60) *L. 3. §. 2. D. de liberis et postum.* Si ita eum exheredaverit: *Quisquis mihi erit heres, filius exheres esto;* ut JULIANUS scribit, huiusmodi exheredatio vitiosa est. Die Florentinischen Pandecten lesen zwar: *Quisquis mihi erit filius, exheres esto.* Allein schon Charondas hat in seiner Ausgabe der Pandecten (*Antwerpiae 1575. f.*) angemerkt, daß die Florentinische

Falle, wenn der Vater seinen Sohn zuerst instituirt, und denselben nachher in dem nämlichen Testament wieder exheredirt hätte, ohne einen andern Erben oder Substituten zu ernennen [61]). Die Ausschließung muß also schlechterdings in einem an sich gültigen Testament geschehen, gleichviel, ob es ein feyerliches oder privilegirtes ist [62]). Mehrere Rechtsgelehrte [63]) sind zwar der Meinung, daß eine Enterbung in guter Absicht auch in einem Codicill geschehen könne, weil sogar eine im Codicill geschehene Pupillarsubstitution durch billige Auslegung wenigstens als ein Fideicommiß aufrecht erhalten wird [64]). Allein die Gesetze [65]) sagen unbedingt, daß in Codicillen keine Enterbung geschehen könne, und von der Pupillarsubstitution läßt sich auf die Enterbung kein gültiger Schluß machen, weil sich nach der Natur

nische Leseart unrichtig sey. S. auch *Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendation. iur. Rom. Lib. II. cap. 18. p. 187.

61) *L. 1. §. 4. D. de his, quae in testam. delent.* — Non quasi ademta (quoniam hereditas semel data adimi facile non potest) sed quasi nec data videbitur hereditas. S. CUJACIUS lib. XVII. Observation. cap. 38. *Gilbert.* REGIUS Ἐναντιοφαν. Lib. II. cap. 11. (in *Thes. iuris Rom. Ottoniano* T. II. p. 1502.) FINESTRES c. 1. §. 3. pag. 100.

62) JAMBSJAEGER Diss. de testamento in sp. inofficioso. P. III. §. 7.

63) MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXXII. Th. 35. lit. β. nr. X. P. II. pag. 706. LINCK Diss. de exheredat. b. m. facta. §. 16. FROMMANN Diss. de exheredat. b. m. Th. 5. und ZOLLER Diss. de exheredatione b. m. facta §. 8.

64) *L. 76. D. ad SCtum Trebell.*

65) §. 2. *I. de codicillis.* *L. 2. Cod. eodem.* *van de* POLL de exheredat. cap. 34.

tur der Codicille, die ursprünglich zu Fideicommissen bestimmt waren, bey der Substitution der Wille des Erblassers, eine fideicommissarische Verordnung zu machen, eher annehmen läßt, als bey einer geschehenen Enterbung, wie Papillonius[66]) und Pancirollus[67]) mit mehreren gezeigt haben. Aus diesen Gründen trete ich daher der verneinenden Meinung des Johann Schulte[68]) und Herrn Prof. Jambsjäger[69]) ohne Bedenken bey.

Endlich muß noch insonderheit ein väterlicher Ascendent seine Descendenten, ohne Rücksicht des Geschlechts und Grades[70]), wenn die Exheredation förmlich seyn, und nicht als Präterition gelten soll,

1) namentlich, das heißt, genau bezeichnet enterben. Er muß sie also entweder mit Namen nennen, oder sich einer solchen Beschreibung bedienen, welche die Stelle des Namens vertreten kann[71]), z. B. wenn der Testirer sagt, mein Sohn erster Ehe, meine älteste Tochter soll enterbt seyn. Demonstratio talis vice nominis fungitur, sagt Florentinus[72]). Ohne besondere Benennung oder Beschreibung ist die Enterbung nur dann gültig, wenn entwe-

der

66) De Substitutione pupillari cap. IV. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. IV. p. 726. seq.)

67) Thesaur. variar. lectionum. cap. 107. (in HEINECCII *Iurisprud. Rom. et Attica* Tom. II. pag. 1214. sq.)

68) Diss. cit. Sect. II. §. 12.

69) Diss. cit. de testamento, in sp. inofficioso P. III. §. 3.

70) *L. 4. C. de lib. praeterit.*

71) *L. 1. et 3. D. de lib. et postum.*

72) *L. 34. D. de condit. et demonstrat.*

bet nur ein Sohn, oder nur eine Tochter vorhanden ist, und diese oder jener enterbt wird[73]), oder der Testirer seine sämmtlichen Söhne, oder sämmtliche Kinder enterbt[74]).

2) Sie muß unbedingt geschehen[75]). Wenn Ulpian[76]) sagt: Pure autem filium exheredari, IULIANUS putat; qua sententia utimur, so scheint es, als wäre dieß unter den alten Rechtsgelehrten nicht außer allem Zweifel gewesen. Allein so ist es nicht. Schon Heraldus[77]) und vor ihm Connanus[78]) haben bemerkt, daß sich Julians Meinung auf die Enterbung cum convicio beziehe, von der Ulpian unmittelbar vorher redet. Bey dieser konnte der Zweifel entstehen, ob sie nicht für bedingt zu halten sey. Z. B. wenn der Vater sagt in seinem Testament; mein Sohn, der Dieb, der Gladiator, soll enterbt seyn, so konnte es scheinen, als ob die Enterbung unter der stillschweigenden Bedingung zu verstehen sey, wenn der Sohn wirklich die ihm beygelegte Eloge verdient. Allein mit Recht hielt Julian dafür, daß eine dergleichen Enterbung für unbedingt zu halten sey, weil der

Vater

73) *L. 2. D. de lib. et postum.*

74) *L. 25. D. eodem.* *C. Claud.* CANTIUNCULAE Paraphras. in tres prior. Institut. civil. libros Lib. II. Tit. 13. pag. 371. FINESTRES Prael. Cervar. P. IV. cap. 2. §. 6 — 10. und *van de* POLL cap. 72.

75) FINESTRES Praelect. Cervar. P. IV. cap. 2. §. 11. seqq.

76) *L. 3. §. 1. D. de lib. et postum.*

77) Observation. et Emendation. libr. cap. 28. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1345.)

78) Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 2.

Vater dem Sohn blos aus Haß jene Ehrentitel beygelegt hat, nicht aber darum, als ob er das, was dadurch angedeutet wird, für wahr gehalten habe. Darin waren also alle Rechtsgelehrten einverstanden, daß eine Enterbung unbedingt geschehen müsse, wenn sie gültig seyn soll. Der sicherste Beweiß hiervon war, daß der Prätor einem Sohn, den der Vater unter einer Bedingung enterbt hat, die bonorum possessionem contra tabulas giebt, wie Hermogenian[79]) lehrt. Diese steht keinem Kinde zu, welches rite enterbt worden ist[80]). Fragt man nun aber, warum die Enterbung unbedingt geschehen müsse, so giebt Hermogenian[81]) folgende Antwort: *Certo enim iudicio liberi a parentum successione removendi sunt.* Dieser Grund schließt vollends alle Art der Bedingung aus Die Eltern sollen in ihrem Entschluß nicht schwanken, wenn sie die Kinder enterben wollen. Wenn nun aber der Vater ein Kind unter einer Bedingung exheredirt, so scheint er mit sich selbst noch nicht eins zu seyn, ob es von der Erbschaft wirklich ausgeschlossen seyn solle, oder nicht. Höpfner[82]) wendet zwar dagegen ein, daß man nach Papinians[83]) und Ulpians[84]) Lehre einen filium suum unter einer Potestativbedingung zum Erben ernen-

79) *L. 13. pr. D. de bonor. poss. contr. tab.* S. *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani JCti iuris epitomar. libros VI. Tom. II. pag. 694. seqq.

80) *L. 8. §. 2. D. de bonor. poss. contra tab.*

81) *L. 18. pr. D. eodem.*

82) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 476.

83) *L. ult. D. de condit. institut.*

84) *L. 4. pr. D. de hered. instituend.*

ernennen könne. Thut man dieß, so enterbe man ihn ja implicite auf den Fall, daß er die Bedingung nicht erfüllen wird. Allein da es hier in der Macht des Erben steht, die Bedingung zu erfüllen, so ist hier auf den entgegengesetzten Fall keine Enterbung anzunehmen, die ohnehin nicht stillschweigend geschehen kann, sondern es ist vielmehr nach Typhonins [85]) Lehre zu behaupten, der Sohn habe die Erbschaft ausgeschlagen. Noch weniger aber kommt Höpfners Einwendung nach dem neuern Recht in Betrachtung, da der Sohn auch nicht einmal eine Potestativbedingung erfüllen darf, wenn er bloß mit dem Pflichtheil vorlieb nehmen will, wie schon oben (S. 74) bemerkt worden ist [86]). Soviel ist indessen gewiß, daß eine Enterbung auch sogar unter einer casuellen Bedingung geschehen kann, wenn man den Notherben nur zugleich unter einer, das Gegentheil derselben enthaltenden Bedingung einsetzt [87]). Hiervon kann wohl der Grund kein anderer seyn, als der, weil nun der Notherbe auf keine Weise für präterirt gehalten werden kann [88]). Denn daß es doch hier dem Vater mit der Enterbung kein rechter Ernst sey, ist wohl nicht zu läugnen. Es ergiebt sich also hieraus, daß der oben vom Hermogenian angeführte Grund nicht durchgreifend ist. Der wahre Grund, warum die Enterbung unbedingt geschehen muß, ist also vielmehr der, damit der Notherbe nicht für präterirt

85) *L. 13. D. de legat. praest. L. 174. D. de Reg. iuris.* FINESTRES Praelect. Cervar. P. III. Cap. 2. §. 4.

86) Man s. auch *Luc. van de* POLL de exheredat. cap. 74. §. 9.

87) *L. 86. D. de hered. instit.*

88) FINESTRES Praelect. Cervar. P. IV. Cap. 2. §. 13. et 14. pag. 106. seqq.

terirt gehalten werden könne. Dies fällt nun aber weg, wenn der bedingt Enterbte auf den entgegengesetzten Fall ist instituirt worden. Denn nun trete die Bedingung ein oder nicht, so ist der Notherbe entweder instituirt, oder enterbt, und also auf keinen Fall präterirt [89]). Nach dieser Ansicht fallen nun, wie ich glaube, die Widersprüche, und übersubtilen Subtilitäten weg, welche der sel. Höpfner hier zu finden geglaubt hat. Ist nun aber gleich die von einem väterlichen Ascendenten unter einer Bedingung geschehene Enterbung seines Notherben in dem Falle pro *rite* facta zu halten, da auf den entgegengesetzten Fall eine Einsetzung geschehen ist; so schließt diese Enterbung doch die Inofficiositätsklage nicht aus, wenn sie ohne rechtmäßige Ursache geschehen ist. Dies ist wohl zu unterscheiden, wie auch Finestres [90]) ganz richtig bemerkt hat. Westphal [91]) will behaupten, daß sich eine bedingte Enterbung, auch ohne eine ausdrückliche Einsetzung auf den entgegenstehenden Fall, nach den neuesten Grundsätzen vertheidigen lasse, weil jene Verordnung der Pandecten auf ein bloßes Formelwerk hinauslaufe. Allein hiervon kann ich mich nicht überzeugen. Zu Justinians Zeiten war doch gewiß das Formelwesen bey letzten Willensverordnungen längst aufgehoben, und doch ließ er jene Vorschrift seinen Pandecten als geltendes Recht einverleiben. Es ist mir auch kein neueres Gesetz bekannt, wodurch sie wieder wäre aufgehoben worden. Aus eben diesem Grunde zweifle ich daher auch sehr, ob Höpfner Recht hat,

89) Man sehe vorzüglich POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. II. Lib. XXVIII. Tit. 2. Nr. XI. Not. i. pag. 182.

90) Praelect. Cervar. l. c. §. 14.

91) Theorie des R. R. von Testamenten §. 586.

hat, wenn er glaubt, daß wenigstens heutiges Tages ein Testament deswegen nicht für nichtig zu halten wäre, wenn Jemand einen Notherben bedingt enterbte, und daß der Enterbte vollends gar nichts dagegen unternehmen könne, wenn der Testator eine gerechte Ursache der Enterbung angeführt hätte. Denn gilt der Grundsatz noch, daß ein Testament, worin der Vater einen suum heredem übergeht, nichtig ist, wie doch Höpfner[92]) selbst behauptet, so kann auch eine bedingte Enterbung nicht für rite geschehen angenommen werden, die auf den entgegengesetzten Fall als eine Präterition anzusehen ist.

3) Die Enterbung muß nicht auf den Todesfall des Enterbten geschehen. Ein Testament, worin der Vater ein Kind auf diese Art enterbt hat, ist null und nichtig. Julian[93]) sagt ausdrücklich: Testamentum, quod hoc modo scribitur: *Titius post mortem filii mei heres esto, filius exheres esto,* nullius momenti est, quia filius *post mortem suam* exheredatus est. Denn die Enterbung, so wie die ganze Verordnung des Testaments, hängt von der Antretung des eingesetzten Erben ab, und erhält erst von da an ihre Gültigkeit. In dem gegebenen Falle kann nun aber der Erbe die Erbschaft nicht eher antreten, als nach dem Tode des Enterbten, also wäre die Enterbung auch erst von der Zeit an gültig, welches lächerlich ist[94]).

4) Die Enterbung muß von der ganzen Erbschaft, folglich ohne Einschränkung auf gewisse Sachen, oder

92) Commentar §. 528.

93) *L. 13. §. 2. D. de lib. et postum. L. 29. §. 10. D. eodem.*

94) POTHIER Pandect. Iustin. Tom. II. Tit. de lib. et postum. Nr. XII. not. l. FINESTRES Praelect. cit. P. IV. cap. II. §. 20.

oder einen Theil der Güter geschehen. Denn wer blos in Ansehung eines Theils der Erbschaft oder nur in Ansehung einer gewissen Sache enterbt ist, ist in Ansehung des übrigen Nachlasses präterirt, weil er hierin weder eingesetzt noch exheredirt ist[95]). Paulus[96]) sagt ausdrücklich: Quum quidam filiam ex asse heredem scripsisset, filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit: *et in caetera parte exheres mihi erit*; et quaereretur, an recte exheredatus videretur? Scaevola respondit: *non videtur*. Et in disputando adiiciebat, ideo non valere, *quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur*. Man könnte zwar einwenden, es sey doch die Einsetzung eines Notherben in einem gewissen Theile der Erbschaft nicht ungültig, wenn auch dieser den Pflichttheil noch nicht ausmacht, und in Ansehung des übrigen Vermögens kein Miterbe eingesetzt worden, denn hier accrescirt das übrige dem Notherben, und er bekommt alles[97]). Könnte nun also nicht auch eine Enterbung, welche in Ansehung eines Theils der Erbschaft, oder in Ansehung einer gewissen Sache geschehen ist, aufrecht erhalten werden: detracta scilicet certae portionis vel certae rei mentione? Diesen Einwurf widerlegt schon Scävola selbst, wenn er in der oben aus Paulus angeführten Stelle[98]) noch hinzufügt: *aliam causam esse institutionis, quae benigne accipitur, exheredationes autem non esse adjuvandas*. Eben dieses bestärkt Ca-

jus

95) FINESTRES Praelect. Cervar. P. IV. Cap. II. §. 23. pag. 112.

96) *L. 19. D. de liber. et postum.*

97) *L. 1. §. 4. D. de heredib. instit. L. 6. §. 13. L. 10. D. eodem.* FINESTRES cit. Praelect. P. II. Cap. I. §. 4. et 5.

98) *L. 19. cit. de lib. et postum.*

jus [99]), wenn er ſagt: Non eſt conſentiendum parentibus, qui injuriam adverſus liberos ſuos teſtamento inducunt, quod plerumque faciunt, maligne circa ſanguinem ſuum inferentes iudicium, novercalibus delinimentis inſtigationibusque corrupti. Verſchiedene Rechtsgelehrte [100]) wollen auch dieſe Vorſchrift für eine bloße Subtilität halten, auf die heutiges Tages keine Rückſicht mehr zu nehmen ſey. Sie wollen daher behaupten, daß ein ſolches Teſtament heut zu Tage nicht für ungültig zu halten ſey, worin der Vater ein Kind in Anſehung eines Theils der Erbſchaft enterbt hat, ſondern nur die Wirkung habe, daß das auf ſolche Art enterbte Kind zwar an der Sache, auf welche die Enterbung geht, keinen Anſpruch machen, von der übrigen Erbſchaft aber ſeinen Theil fordern könne. Heutiges Tages ſey alſo nichts dagegen einzuwenden, wenn der Vater in ſeinem Teſtament ſagt: mein Sohn ſoll 1000 Thlr. haben, in Anſehung meiner übrigen Erbſchaft enterbe ich ihn. Allein auch dieſe Meinung läßt ſich nicht vertheidigen. Man unterſcheide folgende Fälle. Wenn der Vater ein Kind in Anſehung einer gewiſſen Sache, oder in Anſehung eines gewiſſen Theils der Erbſchaft exheredirt, ſo hat er entweder die Kinder überhaupt inſtituirt, ſo daß das in Anſehung einer gewiſſen Sache exheredirte Kind wirklich unter der allgemeinen Benennung der Kinder mit inſtituirt worden iſt, oder der Vater hat durch Ernennung eines Univerſalerben deut-

99) *L. 4. D. h. t.*

100) *Luc. van de* POLL de exheredatione et praet. cap. LXXVI. §. 5. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCLVI. medit. 7. Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 474. not. 1.

lich erklärt, daß das Kind wirklich enterbt seyn solle. In dem ersten Falle, wenn z. B. der Vater sagt, meine Kinder setze ich zu meinen Erben ein, jedoch soll mein Sohn in Ansehung meines Hauses enterbt seyn; so ist freylich gegen die Gültigkeit des Testaments nichts einzuwenden, weil man hier nicht sagen kann, der Sohn sey präterirt, der ohne Zweifel unter der allgemein geschehenen Einsetzung der Kinder mit begriffen ist. Er kann also in diesem Falle nur von dem Hause nichts fordern, denn dies ist den übrigen Kindern gleichsam zum Voraus vermacht. Nur dann, wenn er dadurch in seinem Pflichttheil wäre verkürzt worden, würde ihm die suppletorische Klage zu statten kommen, weil der Pflichttheil auf keine Weise geschmälert werden darf. In dem letzten Falle hingegen kann auch heut zu Tage das Testament so wenig, als zu Paulus Zeiten, bestehen. Denn wenn auch der Vater dem Kinde ein Vermächtniß hinterlassen hätte, was so viel, als der Pflichttheil, beträgt; so ist doch derselbe nicht auf die in der Nov. 115. Kap. 3. vorgeschriebene Art hinterlassen worden. Das Kind ist also auch nach dem neuern Röm. Recht für präterirt zu achten, und daher das Testament ungültig, wie die Leipziger und Wittenberger Fakultät bey Wernher [1]) ganz richtig erkannt hat. Es ist überhaupt eine Regel, daß wenn von den rechtlichen Erfordernissen der Enterbung die Rede ist, die Sache immer streng nach den Gesetzen genommen werden müsse. Im Zweifel ist daher immer eher gegen die

1) Sèlect. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 210. Man sehe auch *Io. God.* BAUER Diss. de eo, quod iustum est circa formam exheredationis. §. 7.

die Exheredation, als für dieselbe zu sprechen. Nur wenn darüber gestritten wird, ob die angeführte Enterbungsursache für gerecht und wahr zu halten sey, ist im Zweifel für die Gültigkeit des Testaments zu sprechen, wenn der Enterbte sie durch seinen Gegenbeweis nicht ganz aus dem Wege zu räumen vermocht hat [2]). Endlich muß die Enterbung auch

5) am rechten Orte, und auf eine solche Art im Testament geschehen, daß sie sich auf jeden Grad sowohl der Erbeneinsetzung als der Substitution bezieht. Sind also

a) mehrere Erben ernannt, so muß sie so geschehen, daß sie sich nicht blos auf einen, sondern auf alle Miterben bezieht. (*Fieri debet ab omnibus heredibus.*) Dieß geschieht, wenn sie zwischen der Ernennung der Miterben ihren Platz bekommt, wie Ulpian [3]) sagt: Filius *inter medias quoque heredum institutiones* recte exheredatur, et erit *a toto gradu* summotus, nisi forte ab unius persona eum testator exheredaverit. Nam si hoc fecit, vitiosa erit exheredatio. Wenn man also sagte: *Titius, excluso filio meo, heres esto, Caius quoque heres esto*, so war die Enterbung nur ab uno herede geschehen, und galt nicht. Ich

2) Hierauf zielt Marcellus *L. 10. D. h. t.* wo er sagt: Si pars iudicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dixerit, quod interdum fieri solet, humanius erit, sequi eius partis sententiam, quae secundum testamentum pronunciavit, nisi si aperte iudices inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit. S. HUBER Eunom. Rom. ad L. 10. cit. und FINESTRES Praelect. Cervar. P. IV. cap. I. §. 17. seqq.

3) *L. 3. §. 2. D. de lib. et postum.*

mußte sagen: *Titius heres esto, filius exheres esto, Seius heres esto.* Nun erst ist die Enterbung a toto heredum institutorum gradu geschehen [4]).

b) Sind dem eingesetzten Erben ein oder mehrere Erben substituirt worden, so muß die Enterbung so geschehen, daß solche sich auf jeden Substituten bezieht. (*Fieri debet ab omnibus gradibus*). Sie muß also entweder noch vor der Erbeinsetzung geschehen, oder zwischen beyden Graden der Institution und der Substitution ihren Platz einnehmen. Ulpian [5]) sagt: *Ante heredis institutionem* exheredatus, ab omnibus gradibus summotus est. *Inter duos* autem *gradus* exheredatus, ab utroque remotus est, secundum *Scaevolae* sententiam, quam puto veram. Z. B. *Titius heres esto*: FILIUS EXHERES ESTO. *Si Titius heres non erit, Caius heres esto* [6]). Eben dieses gilt auch in dem Falle, da zwar die Grade der Institution und der Substitution unter einander gemischt sind, die Enterbung aber doch am Ende des erstes Grades, und also zwischen diesem und dem zweyten Grade steht. In eo, qui miscuit duos gradus, fährt Ulpian [7]) fort, exheredationem valere, *Mauri-*

4) FINESTRES Praelect. cit. P. IV. cap. 2. §. 25. pag. 112. Höpfner im Commentar über d. Institut. §. 476. S. 521. irrt, wenn er auch hier die Enterbung für ungültig hält, wofern nicht auch noch nach der Einsetzung des zweyten Erben die Worte beygesetzt würden: *filius exheres esto.*

5) *L. 3. §. 3. et 4. D. de lib. et postum.*

6) Ohne allen Grund hält Höpfner im Commentar über die Institut. a. a. O. diese Art der Enterbung für ungültig. Man sehe vielmehr FINESTRES Praelect. Cervar. P. II. cap. II. §. 28. und Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 595.

7) *L. 3. §. 5. D. eodem.*

Mauricianus recte putat; veluti: *Primus heres eſto ex ſemiſſe. Si primus heres non erit, ſecundus ex ſemiſſe heres eſto. Tertius ex alio ſemiſſe heres eſto.* FILIUS EXHERES ESTO. *Si tertius heres non erit, quartus heres eſto.* Nam ab utroque gradu ſummotus eſt [8]). Wenn die Enterbung ganz am Ende nach der Inſtitution und Subſtitution geſchieht, ſo muß der Teſtirer ausdrücklich erklären, daß die Enterbung auf beyde Grade gehen ſolle; iſt dieſes nicht geſchehen, ſo iſt anzunehmen, daß die Enterbung blos von dem zweyten Grade geſchehen ſey, wofern nicht aus den Umſtänden erhellet, daß es dennoch die Abſicht des Teſtirers geweſen ſey, den Sohn von allen Graden zu enterben. Dieß iſt der Fall, wenn der Vater die übrigen Kinder zu Erben einſetzt, und ſolche einander ſubſtituirt hat. Denn ſind die nämlichen Perſonen ſubſtituirt worden, welche der Teſtator zu Erben eingeſetzt hat, ſo läßt ſich nicht behaupten, die Enterbung ſey nur von einem Grade geſchehen. Hieraus erklärt ſich nun, wenn Kr. Antonin [9]) ſagt: Quum poſt omnes heredum gradus exheredatio ſcribitur, ſi adjiciat teſtator, *ab omnibus ſe gradibus exheredare*; non dubitatur iuri ſatisfactum eſſe. Et ideo etiamſi id non adiiciatur, appareat tamen, *eum id eo conſilio*

8) Hätte der Teſtirer die Grade nicht gemiſcht, ſondern ſo geſagt: *Titius ex ſemiſſe, Caius ex altero ſemiſſe heres eſto: Si Titius heres non erit, Lucius heres eſto.* FILIUS EXHERES ESTO. *Si Caius heres non erit, Sempronius heres eſto*, ſo iſt der Sohn bloß vom zweyten Grade enterbt. POTHIER Pand. Iuſtin. Tom. II. Tit. *de lib. et poſtum.* Nr. XVIII. not. g.

9) *L. 1. C. de lib. praet. Van de* POLL de exheredat. et praeterit. Cap. LXXVII. §. 14. et 15. und FINESTRES Praelect. Cerv. P. IV. cap. 2. §. 29. et 30.

ſcripſiſſe, ut ab omnibus exheredaret; recte factum teſtamentum videtur. Proinde cum paterfamilias, filiis inſtitutis et invicem ſubſtitutis, filium exheredaverit; intelligendus eſt, exheredationem ab utroque gradu feciſſe. Nam cum iidem heredes inſtituti ſunt, (ſcil. *qui ſunt invicem ſubſtituti*): nulla ratio reddi poteſt, quare videatur in poſteriore tantum caſu exheredare voluiſſe.

Iſt nun die Enterbung nicht von allen Graden, ſondern nur von einem geſchehen, ſo iſt nach dem römiſchen Rechte der Unterſchied merkwürdig, ob das ausgeſchloſſene Kind zur Zeit des väterlichen Teſtaments ſchon gebohren war, oder ein Poſtumus iſt. In dem erſten Falle iſt immer nur der Grad ungültig, von welchem das Kind präterirt worden iſt [10]). Iſt daher

a) nur bey der Subſtitution die Enterbung erwähnt, das Kind aber bey der Inſtitution übergangen worden, ſo iſt zwar der erſte Grad ungültig, es gilt aber doch die Subſtitution, welche an die Stelle des erſten Grades tritt. Ulpian [11]) ſagt: Si ita teſtatus ſit paterfamilias, ut a *primo* quidem *gradu* praeteriret, a *ſecundo ſolo* exheredaret, SABINUS et CASSIUS et IULIANUS putant, *peremto primo gradu*, teſtamentum *ab eo gradu* exordium capere, *unde filius exheredatus eſt.* Quae ſententia comprobata eſt.

b) Iſt

10) *L. 43. §. 2. D. de vulg. et pupill. ſubſt.* Reſpondi: *eum gradum, a quo filii praeteriti ſint, nullius eſſe momenti.* S. FINESTRES c. l. §. 27. pag. 113. ſeq. und Weſtphal von Teſtamenten §. 590 – 593.

11) *L. 3. §. 6. D. de lib. et poſtum.*

b) Ist hingegen die Enterbung nur beym ersten Grade geschehen, so ist bloß die Substitution ungültig, bey welcher das Kind übergangen worden ist. Hierher gehört, wenn Pomponius [12]) sagt: Si a primo herede instituto filium exheredavero, a secundo autem substituto non exheredavero, et dum pendet, an prior aditurus sit, filius decesserit: secundum sententiam, qua utimur, non erit secundus heres: *quasi ab initio inutiliter institutus, cum ab eo filius exheredatus non sit.* Stirbt also der bey der Substitution übergangene Sohn, während der instituirte Erbe noch deliberirt, so kann der Substitut nicht erben, wenn der erste Erbe die Erbschaft ausschlägt [13]).

Wenn nun aber ein postumus nicht ab omni gradu enterbt worden ist, so kommt es darauf an, ob die Enterbung blos bey dem ersten Grade, bey dem zweyten aber die Uebergehung geschehen ist, oder umgekehrt. Im ersten Falle ist es, wie bey schon gebohrnen Kindern. Nur der zweyte Grad gilt nicht. Schlägt daher der Erbe des ersten Grades, bey welchem die Enterbung geschehen ist, die Erbschaft aus, so fällt dieselbe nicht an den Substituten, sondern an den Postumus. Der Substitut bekommt auch denn nicht einmal die Erbschaft, wenn auch der Postumus während der Deliberationszeit des eingesetzten Erben wieder stirbt. Afrikanus [14]) sagt dieß ausdrücklich: Si postumus a primo gradu exheredatus, a secundo praeteritus sit: quamvis

eo

12) *L. 8. D. de lib. et postum.*

13) *Henr. Theod.* PAGENSTECHER Commentar. in *Sexti Pomponii* JCti ad *Sabinum* de re testamentar. et de bonor. possession. libros IV. (*Lemgovii 1750. 4.*) Cap. 3. pag. 8. seq.

14) *L. 14. pr. D. de lib. et postum.*

eo tempore naſcatur, quo ad heredes primo gradu ſcriptos pertineat hereditas, ſecundum tamen gradum vitiari placet, ad hoc, ut praetermittentibus inſtitutis ipſe heres exiſtat. Immo etſi, defuncto eo, heredes inſtituti omiſerint hereditatem, non poſſe ſubſtitutos adire. Daß durch die Agnation des poſtumi nur der zweyte Grad rumpirt wird, wenn bey dieſem ſich eine Uebergehung findet, ſagt auch Ulpian [15]): Licet autem poſtumus praeteritus agnaſcendo rumpat, tamen interdum evenit, *ut pars teſtamenti,* [16]) *rumpatur*, utputa ſi proponas, a primo gradu poſtumum exheredatum, a ſecundo praeteritum. *Nam hic primus gradus valet, ſecundus ruptus.* In einem Falle macht jedoch die Uebergehung des Poſtumi bey dem zweyten Grade, daß auch der erſte Grad nicht gilt, bey welchem die Enterbung geſchehen iſt. Nämlich wenn mehrere zu Erben ernannt ſind, zwiſchen deren Inſtitution die Enterbung des poſtumi geſetzt worden, und der Teſtirer jedem der Miterben einem andern ſubſtituirt hat, bey deren Subſtitution aber der Poſtumus übergangen worden iſt. Wenn hier einer von den Miterben vor der Antretung der Erbſchaft ſtirbt, ſo kann auch nun der andere die Erbſchaft nicht mehr erhalten. Denn da der Subſtitut, welcher an die Stelle des wegfallenden Erben des erſten Grades ernannt worden iſt, wegen der bey deſſen Einſetzung

15) *L. 3. §. 6. D. de iniuſto rupto et irr. teſtam.*

16) *Partes teſtamenti* werden hier die verſchiedenen *gradus inſtitutionum* genennt. Wenn alſo wegen der Präterition des Poſtumi bey der Subſtitution, dieſer zweyte Grad rumpirt wird, ſo nennt dies Ulpian: *pars teſtamenti rumpitur.* S. POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. II. Tit. *de liber. et poſtum.* Nr. XXXIX. not. g. pag. 187.

ſetzung geſchehenen Präterition des Poſtumi nicht erben kann, ſo iſt hier die Enterbung ſo anzuſehen, als ob ſie nur in Anſehung des einen Miterben geſchehen wäre. Nun iſt eine ſolche Enterbung ungültig, quae tantum *ab uno ex heredibus* facta eſt [17]). Dieſen Fall hat Scävola [18]), wenn er ſagt: Si ego et Titius inſtituti ſimus, et a nobis poſtumus exheredatus ſit, a ſubſtitutis noſtris non ſit exheredatus; Titio defuncto, ne ego quidem adire potero. *Iam enim propter inſtituti perſonam, a quo poſtumus exheredatus eſt, in cuius locum ſubſtitutus vocatur, a quo poſtumus exheredatus non eſt, ruptum eſt teſtamentum.* Ein anders wäre, wenn die eingeſetzten Erben des erſten Grades einander ſelbſt gegenſeitig ſubſtituirt ſind. Hier bekomme ich die ganze Erbſchaft, wenn der andere Miterbe dieſelbe ausſchlägt, oder vor deren Antretung ſtirbt. Denn da ich hier Erbe des erſten Grades und auch Subſtitut des wegfallenden Miterben bin, da ich ferner in einen Theil der Erbſchaft ſubſtituirt bin, der mir auch ohne Subſtitution ex iuris neceſſitate accreſcirt wäre; ſo iſt der Vorſchrift der Geſetze ſchon durch die bey der Inſtitution erwähnte Enterbung des Poſtumi ein vollkommenes Genüge geſchehen [19]). Eben dieſes beſtärkt auch Scävola [20]), wenn er

17) *L. 3. §. 2. D. de lib. et poſtum. L. 8. §. 3. D. de bon. poſſ. contr. tab.* S. *Ioann.* ALTAMIRANI Commentar. ad Lib. VI. Quaeſtion. Scaevolae Tract. VI. in MEERMANNI *Theſ. nov. iur. civ. et canon.* Tom. II. pag. 469. ſeqq.

18) *L. 19. D. de iniuſto rupto irr. teſtam.*

19) POTHIER cit. loc. Nr. XXXIX. not. i. ALTAMIRANUS cit. loc. §. 17. et 18. und Weſtphal von Teſtamenten §. 472.

20) *L. 19. cit. §. 1. D. de iniuſto rupto teſtam.*

er noch hinzufügt: Sed si ego et Titius invicem substituti sumus: quamvis *in partem substitutionis* exheredatus non sit; *mortuo* vel *repudiante Titio*, me posse adire puto, et *ex asse heredem esse*.

Es ist nun der andere Fall noch übrig, nämlich, wenn die Enterbung des Postumi bey dem zweyten Grade, die Uebergehung aber bey dem ersten geschehen ist. Hier ist, wie Ulpian [21]) lehrt, auf folgende Art zu unterscheiden. Der

21) *L. 5. de iniusto rupto* etc. *test.* Nam et si *sub conditione* sit heres institutus quis, a quo Postumus non est exheredatus; tamen *pendente conditione rumpitur gradus*, ut et IULIANUS scripsit. Sed et si sit ei *substitutus* quis; etiam deficiente conditione primi gradus, *non admittetur substitutus*, a quo scilicet postumus exheredatus est. (So ist statt *non est* mit Cujaz zu lesen, womit auch die *Basilica* übereinstimmen. S. Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 468.) Puto igitur, *existente quidem conditione* primi gradus, Postumo *potius* locum fore. *Post defectum* autem *conditionis natus* postumus gradum non rumpit, *quia nullus est*. Rumpendo autem testamentum, sibi locum facere postumus solet, quamvis *filius* (sc. *iam natus*) sequentem gradum, a quo exheredatus est, patiatur valere. (Denn bey schon gebohrnen Söhnen ist der erste Grad, wo sich eine Uebergehung findet, ipso iure nichtig, daher nimmt hier das Testament gleich mit der Substitution seinen Anfang. Allein vor der Agnation des präterirten Postumus ist das Testament nicht ungültig, also besteht auch der erste Grad, bis die Ruption durch die Geburt desselben erfolgt. S. *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. 8. cap. 20. POTHIER l. c. nr. XL. not. d. p. 188.) Sed si a primo gradu praeteritus, a secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur postumus, quo aliquis ex institutis vixit; totum testamentum ruptum est. Nam tollendo primum gradum, sibi locum facit.

Der Erbe des ersten Grades ist entweder unter einer Bedingung instituirt, oder nicht.

In dem ersten Falle wird durch die Agnation des übergangenen Postumus, wenn diese pendente conditione eintritt, der erste Grad dergestalt rumpirt, daß nun auch die Substitution, bey welcher die Enterbung geschehen ist, auf keinen Fall gilt, die Bedingung des ersten Grades werde erfüllt, oder nicht. Denn in diesem Falle tritt der Postumus ein, und schließt den Substituten aus; er geht aber auch in jenem Falle dem Erben des ersten Grades vor, und macht sich zur Intestaterbfolge Platz. Wäre hingegen die Geburt des Postumus erfolgt, nachdem es schon entschieden war, daß die Bedingung nicht existire, so ist nun kein erster Grad mehr vorhanden, welcher durch die Agnation des Postumus rumpirt werden könnte, folglich gilt die Substitution, bey welcher die Enterbung desselben geschehen ist.

In dem andern Hauptfalle, da nämlich die Erben des ersten Grades unbedingt sind eingesetzt worden, neben welchen der Postumus übergangen ist, es ist aber eine Substitution auf den Fall gemacht, da die Erben des ersten Grades vor dem Erblasser versterben würden, bey welcher die Enterbung des Postumus geschehen ist; ist wieder zu unterscheiden, ob der Substitutionsfall noch vor der Geburt des Postumi eingetreten ist, oder nicht. In jenem Falle ist die Substitution wegen der Enterbung gültig. In diesem aber, da die Erben des ersten Grades den Erblasser überlebt haben, fällt die Substitution dahin, die Institution aber wird durch die Agnation des Postumus rumpirt, folglich fällt das ganze Testament über den Haufen, und der Postumus bekommt die Erbschaft ab intestato.

Mehrere heutige Rechtsgelehrte [22]) wollen dieß alles für bloße Subtilitäten halten, wovon kein Gebrauch mehr zu machen sey, weil es nach den Verordnungen des neuern Röm. Rechts bey Testamenten nicht mehr auf die Förmlichkeit der Worte ankomme [23]) und diese der Gültigkeit des Testaments unnachtheilig seyn soll, wenn sonst der Wille des Testirers außer Zweifel ist [24]). Allein wären durch die angeführten Verordnungen des neuern Röm. Rechts jene Vorschriften, welche die Form der Enterbung so pünctlich bestimmen, wirklich aufgehoben worden, so wäre nicht zu begreiffen, warum sie Justinian in sein Gesetzbuch aufgenommen hätte, da sie auch schon zu seinen Zeiten nicht mehr gegolten hätten. Andere practische Rechtsgelehrte [25]) erfordern daher mit Recht in ihren Systemen des heutigen Rechts zur Form der Exheredation, *ut fiat ab omnibus heredibus et ab omni gradu*, und dabey muß es um so mehr bleiben, da der Ausspruch eines Scävola [26]): *exheredationes non esse adjuvandas*, auch noch heut zu Tage vollgültig ist.

22) BAUER in Diss. de eo quod iustum est circa formam exheredationis §. 9. in fin. *Io. Thad.* MÜLLER Systeм. Pandectar. P. I. §. 153. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 476.

23) *L. 15. C. de testam.*

24) *L. 1. L. 3. C. de lib. praeterit.*

25) STRYK Cautelae testamentor. cap. XIX. §. 15. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1285. HAUBOLD Diss. de differentiis inter testam. nullum et inofficiosum. cap. VII. pag. 32. Thibaut System des Pandectenrechts 2 Th. §. 916. S. 136.

26) *L. 19. in fin. D. de lib. et postum.*

Mehrere heutige Rechtsgelehrte [22]) wollen dieß alles für bloße Subtilitäten halten, wovon kein Gebrauch mehr zu machen sey, weil es nach den Verordnungen des neuern Röm. Rechts bey Testamenten nicht mehr auf die Förmlichkeit der Worte ankomme [23]) und diese der Gültigkeit des Testaments unnachtheilig seyn soll, wenn sonst der Wille des Testirers außer Zweifel ist [24]). Allein wären durch die angeführten Verordnungen des neuern Röm. Rechts jene Vorschriften, welche die Form der Enterbung so pünctlich bestimmen, wirklich aufgehoben worden, so wäre nicht zu begreiffen, warum sie Justinian in sein Gesetzbuch aufgenommen hätte, da sie auch schon zu seinen Zeiten nicht mehr gegolten hätten. Andere practische Rechtsgelehrte [25]) erfordern daher mit Recht in ihren Systemen des heutigen Rechts zur Form der Exheredation, *ut fiat ab omnibus heredibus et ab omni gradu*, und dabey muß es um so mehr bleiben, da der Ausspruch eines Scävola [26]): *exheredationes non esse adjuvandas*, auch noch heut zu Tage vollgültig ist.

22) BAUER in Diss. de eo quod iustum est circa formam exheredationis §. 9. in fin. *Io. Thad.* MÜLLER System. Pandectar. P. I. §. 153. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 476.

23) *L. 15. C. de testam.*

24) *L. 1. L. 3. C. de lib. praeterit.*

25) STRYK Cautelae testamentor. cap. XIX. §. 15. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1285. HAUBOLD Diss. de differentiis inter testam. nullum et inofficiosum. cap. VII. pag. 32. Thibaut System des Pandectenrechts 2 Th. §. 916. S. 136.

26) *L. 19. in fin. D. de lib. et postum.*

Mehrere heutige Rechtsgelehrte [22]) wollen dieß alles für bloße Subtilitäten halten, wovon kein Gebrauch mehr zu machen sey, weil es nach den Verordnungen des neuern Röm. Rechts bey Testamenten nicht mehr auf die Förmlichkeit der Worte ankomme [23]) und diese der Gültigkeit des Testaments unnachtheilig seyn soll, wenn sonst der Wille des Testirers außer Zweifel ist [24]). Allein wären durch die angeführten Verordnungen des neuern Röm. Rechts jene Vorschriften, welche die Form der Enterbung so pünctlich bestimmen, wirklich aufgehoben worden, so wäre nicht zu begreiffen, warum sie Justinian in sein Gesetzbuch aufgenommen hätte, da sie auch schon zu seinen Zeiten nicht mehr gegolten hätten. Andere practische Rechtsgelehrte [25]) erfordern daher mit Recht in ihren Systemen des heutigen Rechts zur Form der Exheredation, *ut fiat ab omnibus heredibus et ab omni gradu*, und dabey muß es um so mehr bleiben, da der Ausspruch eines Scävola [26]): *exheredationes non esse adjuvandas*, auch noch heut zu Tage vollgültig ist.

22) BAUER in Diss. de eo quod iustum est circa formam exheredationis §. 9. in fin. *Io. Thad.* MÜLLER Systeм. Pandectar. P.I. §. 153. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 476.

23) *L. 15. C. de testam.*

24) *L. 1. L. 3. C. de lib. praeterit.*

25) STRYK Cautelae testamentor. cap. XIX. §. 15. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1285. HAUBOLD Diss. de differentiis inter testam. nullum et inofficiosum. cap. VII. pag. 32. Thibaut System des Pandectenrechts 2 Th. §. 916. S. 136.

26) *L. 19. in fin. D. de lib. et postum.*

Mehrere heutige Rechtsgelehrte [22]) wollen dieß alles für bloße Subtilitäten halten, wovon kein Gebrauch mehr zu machen sey, weil es nach den Verordnungen des neuern Röm. Rechts bey Testamenten nicht mehr auf die Förmlichkeit der Worte ankomme [23]) und diese der Gültigkeit des Testaments unnachtheilig seyn soll, wenn sonst der Wille des Testirers außer Zweifel ist [24]). Allein wären durch die angeführten Verordnungen des neuern Röm. Rechts jene Vorschriften, welche die Form der Enterbung so pünctlich bestimmen, wirklich aufgehoben worden, so wäre nicht zu begreiffen, warum sie Justinian in sein Gesetzbuch aufgenommen hätte, da sie auch schon zu seinen Zeiten nicht mehr gegolten hätten. Andere practische Rechtsgelehrte [25]) erfordern daher mit Recht in ihren Systemen des heutigen Rechts zur Form der Exheredation, *ut fiat ab omnibus heredibus et ab omni gradu*, und dabey muß es um so mehr bleiben, da der Ausspruch eines Scävola [26]): *exheredationes non esse adjuvandas*, auch noch heut zu Tage vollgültig ist.

22) BAUER in Diss. de eo quod iustum est circa formam exheredationis §. 9. in fin. *Io. Thad.* MÜLLER System. Pandectar. P. I. §. 153. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 476.

23) *L. 15. C. de testam.*

24) *L. 1. L. 3. C. de lib. praeterit.*

25) STRYK Cautelae testamentor. cap. XIX. §. 15. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1285. HAUBOLD Diss. de differentiis inter testam. nullum et inofficiosum. cap. VII. pag. 32. Thibaut System des Pandectenrechts 2 Th. §. 916. S. 136.

26) *L. 19. in fin. D. de lib. et postum.*

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 7,1

Erlangen (1804)

J.rom.c. 137-7,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565385-1
VD18 90223748